

EDGAR BODENHEIMER

Teoría del DERECHO



Traducción de
VICENTE HERRERO

EDGAR BODENHEIMER

TEORÍA DEL DERECHO



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Primera edición en inglés, 1940
Primera edición en español, 1942
Segunda edición en español, 1994
Quinta reimpresión, 2007

Bodenheimer, Edgar

Teoría del derecho / Edgar Bodenheimer ; trad. de
Vicente Herrero. — 2ª ed. — México : FCE, 1994

419 p. ; 17 x 11 cm — (Colec. Popular ; 60)

Título original Jurisprudence

ISBN 978-968-16-4593-9

1. Derecho — Teoría 2. Jurisprudencia 1. Herrero,
Vicente tr. II. Ser III. t

LC K10 B6318

Dewey 340.1 B666t

Distribución mundial para lengua española

Comentarios y sugerencias:

editorial@fondodeculturaeconomica.com

www.fondodeculturaeconomica.com

Tel. (55)5227-4672 Fax (55)5227-4694



Empresa certificada ISO 9001:2000

Título original:

Jurisprudence

© 1940, McGraw-Hill Book Company, Inc., Nueva York

© 1962, 1974, President and Fellows of Harvard College

Diseño portada: R/4, Pablo Rulfo

D. R. © 1942, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Carretera Picacho-Ajusco 227; 14738 México, D. F.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra
—incluido el diseño tipográfico y de portada—,
sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico,
sin el consentimiento por escrito del editor.

ISBN 978-968-16-4593-9

Impreso en México • *Printed in Mexico*

A
MI PADRE

PREFACIO

Vivimos en una época en la que los valores fundamentales de la cultura están siendo desafiados y atacados. Ciertas ideologías proclaman que el poder y la fuerza son los únicos factores potentes de la historia y la vida social humanas. Se considera al hombre como un ser irracional que sigue sus impulsos como cualquier animal. Estas ideologías repudian y vilipendian la razón como fuerza reguladora de la sociedad humana con una intensidad que no tiene apenas paralelo en la historia.

Ese ataque moderno contra la razón es, a la vez, un ataque contra el Derecho. Éste es primordialmente una institución racional; es un intento de resolver las tensiones y conflictos inherentes a la vida social no por medio de la fuerza arbitraria, la violencia o el terror, sino por un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos. La institución del Derecho encarna ciertos valores que en gran parte son coincidentes con los valores de la cultura humana como tal.

El ataque a que está sometido en nuestros días el Derecho hace imperativo reexaminar las bases de la naturaleza y carácter de esa institución. La Ciencia Jurídica de la época positivista daba por supuesto el fenómeno del Derecho y consideraba sólo su forma. Hoy, cuando el Derecho como instrumento esencial de la civilización está más que "doblemente amenazado", no podemos permitirnos el lujo de una teoría

jurídica positivista. Si consideramos meramente la forma del Derecho no podremos captar la diferencia esencial entre el Estado de poder y el Estado de derecho. Por ejemplo, en la Alemania de Hitler —prototipo del Estado de poder— acaso se publiquen diariamente más leyes que en ningún otro país. Si consideramos el Derecho —como hacen los positivistas— meramente como un mandato del Estado, promulgado en forma legal, esta Alemania hitleriana sería un Estado de Derecho *par excellence*. Ningún estudio meramente formal del Derecho resolverá el problema de por qué el Derecho se encuentra en los Estados totalitarios contemporáneos en una posición harto precaria. Si queremos conservar el Derecho, hemos de considerar su *contenido*. Habremos de considerar la manera de hacer la distribución de derechos, poderes y deberes de los individuos, grupos y gobiernos dentro del sistema social, de manera que garantice el imperio y la supremacía del Derecho.

Entendida en este sentido, la Ciencia del Derecho vuelve hoy a ser importante. Para poder desarrollar eficazmente sus tareas los legisladores al estudiar los méritos de un proyecto de ley, las corporaciones de abogados al definir su actitud frente a la legislación propuesta, los jueces al revisar la constitucionalidad de una ley, tienen que conocer algo acerca de la naturaleza y funciones del Derecho en general. Como titulares de la responsabilidad del mantenimiento y conservación del Derecho han de tener una noción definida de las necesidades y atributos esenciales de un orden social basado en el Derecho. Tienen que llegar a poseer un sentido refinado que les permita captar los peligros que amenazan al Derecho, a la vez que se preparan para poder formar un juicio inteligente acerca de los procedimientos y medios de man-

tener el equilibrio social en una civilización compleja y que se encuentra, además, en peligro.

Este libro trata de ayudar a los estudiosos del Derecho y la Política que tengan interés en los aspectos generales del Derecho como instrumento de acción social y política. El autor se da cuenta de que los problemas de la Ciencia del Derecho y de la Filosofía jurídica pueden ser enfocados de muchas maneras y por métodos muy diversos. Ha tratado de subrayar, sobre todo, aquellos problemas que tienen alguna relación con las grandes luchas políticas y sociales que se desarrollan en la actualidad. De entre esos problemas, el que ha recibido particular atención y ha sido tomado como punto de partida del análisis es el contraste entre poder arbitrario y Derecho, entre totalitarismo y constitucionalismo.

Han quedado deliberadamente excluidos de este estudio muchos temas que corresponden al campo general de la teoría jurídica. No hay en él un examen de los conceptos técnicos de la Ciencia del Derecho como los contenidos en las obras de Holland, Salmond, Hohfeld y Kocourek. No hay tampoco un estudio de las fuentes formales del Derecho como el que se halla en la obra de Gray. La naturaleza del procedimiento judicial se estudia sólo de modo incidental en los capítulos que se ocupan de la filosofía jurídica norteamericana moderna; habiendo sido estudiado recientemente el problema por Holmes, Cardozo y otros, el autor ha considerado innecesario realizar una investigación independiente. Si el libro consigue estimular el interés por los problemas políticos, sociales y filosóficos conexos con la institución del Derecho, habrá logrado su principal propósito.

El autor desea dar las gracias al profesor S. Katz, de la Universidad de Washington, que ha leído todo

el manuscrito y le ha hecho valiosas sugerencias respecto a lenguaje y estilo. El doctor Arthur S. Beardsley, bibliotecario y profesor de Derecho de la misma universidad, le ha ayudado mucho en la preparación del libro, poniendo a disposición del autor todos los servicios de la Biblioteca de Derecho y obteniéndole material —especialmente por lo que se refiere a teoría jurídica extranjera— de otras bibliotecas. Igualmente desea el autor expresar su agradecimiento al doctor Ernst Levy, de la Universidad de Washington, con quien discutió los problemas relativos al Derecho romano y cuya biblioteca de Derecho romano fue una ayuda inapreciable. También está reconocido a otros dos miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, los profesores Rudolph H. Nottelmann y Warren L. Shattuck, quienes han leído partes del manuscrito. Finalmente el autor desea expresar su gran deuda para con su esposa, Brigitte M. Bodenheimer, quien hizo muchas sugerencias valiosas respecto a la forma y contenido del manuscrito y además preparó el índice analítico.

EDGAR BODENHEIMER

PRIMERA PARTE
PODER Y DERECHO

I. EL PODER

1. Introducción

EN LA clásica novela de Daniel Defoe, *Vida y aventuras de Robinson Crusoe*, el protagonista se ve arrojado, a consecuencia de un naufragio, sobre las orillas de una isla desierta frente a las costas de América del Sur. Después de veinticinco años de vida solitaria, llega a las riberas de la isla una horda de caníbales, a bordo de unas canoas. Llevan consigo dos prisioneros, con el propósito de guisarlos y devorarlos en la supuesta soledad tranquila y apacible del lugar. Uno de los prisioneros consigue escaparse. Le persiguen dos caníbales, pero Robinson derriba a uno de ellos y mata al otro con su escopeta, salvando así la vida del fugitivo del terrible destino que le esperaba. El joven salvaje, lleno de gratitud a su salvador, se arrodilla ante él, baja la cabeza hasta tocar la tierra con la frente, toma el pie de Robinson y lo coloca sobre su cráneo. De esta manera jura ser esclavo perpetuo de Robinson. Da a éste un dominio absoluto y un poder de vida y muerte sobre él, y se compromete a obedecer todos y cada uno de los mandatos de su salvador, sin pedir ninguna compensación por hacerlo.

Algún tiempo después Robinson vuelve a tener ocasión de salvar la vida de un hombre. Esta vez se trata del capitán de un barco inglés cuya tripulación se había amotinado contra él, arrojándole a la isla de Robinson. Después de descubrir al capitán, Robinson le promete libertarle y ayudarle a recobrar su barco. Pero

hace depender su ayuda de dos condiciones; primera, que el capitán se someta completamente a su autoridad mientras está en la isla; y segunda, que después de recuperar el barco le lleve a Inglaterra, sin cobrarle el pasaje. El capitán acepta esas condiciones y el contrato se cumple.

Estas dos situaciones son ejemplos claros de dos tipos posibles de relaciones entre los hombres. La relación entre Robinson y Viernes, su compañero de color, es de dominación y de sujeción. Robinson disfruta de un poder ilimitado sobre Viernes. No tiene respecto a él ninguna obligación; puede hacer con él lo que le plazca, puede incluso matarlo. Por el contrario la relación entre Robinson y el capitán es de contrato e igualdad. Los dos hombres se reconocen mutuamente como ingleses libres, ninguno de los cuales sería capaz de considerar seriamente la posibilidad de someterse como esclavo al poder arbitrario del otro. Cada uno de ellos tiene algo que ofrecer al otro y de ahí que la forma natural del intercambio de sus servicios sea un acuerdo contractual.

Estas consideraciones nos permiten trazar una distinción importante. La relación entre Robinson y Viernes es una relación de poder. Tales relaciones existen cuando un hombre queda sometido a la voluntad arbitraria y totalmente ilimitada de otro. Para un esclavo el poder de su amo es un mero hecho de dominación; el esclavo no tiene derechos que puedan actuar como restricciones del poder del amo. La relación entre Robinson y el capitán, por el contrario, es una relación de Derecho. Es una relación contractual en la que ambas partes reconocen la existencia de derechos y deberes mutuos, sobre la base de cierta igualdad. La circunstancia de que en la isla de Robinson

no haya poder superior —no haya gobierno— que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo, no destruye el carácter jurídico de la relación. La garantía de la ejecución reside en el hecho de que ninguna de las partes puede lograr sus fines sin ejecutar fielmente el contrato.

En este capítulo se examina el concepto de poder. El contraste con el de Derecho se encuentra en el capítulo siguiente.

2. El impulso del poder

En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales. Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que algunos de sus congéneres; puede igualmente llegar a ser poderoso por ser capaz de ejercer una influencia psicológica o incluso hipnótica irresistible sobre otros hombres o sobre las multitudes. En circunstancias favorables sus grandes dotes intelectuales pueden también procurar a un hombre una posición de poder dentro de una comunidad o de una nación. El poder de un individuo puede ser considerablemente realzado si consigue ganar para la obtención de sus fines la cooperación devota de un grupo que simpatiza con ellos. Tal grupo puede ser un partido político, una sociedad secreta o una orden religiosa —por no mencionar sino unos cuantos ejemplos—. Si las relaciones entre el líder y los miembros del grupo se basan en el principio de la sumisión y obediencia estricta al mandato del primero, puede de-

nombrarse a tal grupo una "estructura de poder".¹ La Compañía de Jesús y el partido nacionalsocialista alemán son tipos de estructuras de poder. Si una estructura de poder consigue apoderarse de todo un Estado y moldearlo de conformidad con los principios de su propia organización, nos encontramos con el fenómeno del Estado totalitario.

Muchos filósofos y sociólogos se han dado cuenta de la tremenda importancia del concepto de poder para el estudio de la vida social humana. Hobbes y Spinoza basaron sus sistemas filosóficos en el supuesto de que todo ser vivo se ve impulsado por un instinto natural a extender su poder lo más lejos de que es capaz.² "La vida es una búsqueda del poder", exclama Emerson.³ Friedrich Nietzsche consideraba la voluntad de poder como la fuerza motivadora básica de la naturaleza y la sociedad humanas.⁴ Todas las cosas —decía— son *quanta* dinámicos que están en relación de tensión con otros *quanta* dinámicos. El sociólogo norteamericano Lester F. Ward describía la ley de la naturaleza como "el derecho de la fuerza". En condiciones normales las fuerzas psicológicas y sociales —decía— hacen que los más débiles se sometan a los más fuertes, con la misma regularidad con que en físi-

¹ Timasheff, *Introduction to the Sociology of Law* (1939), p. 172.

² Hobbes, *Leviatán*, parte I; caps. 10, 14. [Ed. española, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940.] Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, trad. inglesa Elwes (1895), cap. 16 [hay trad. francesa Ch. Appuhn]. Cf. *infra*, Sec. 24.

³ Emerson, "Power", *Complete Works* (obras completas) (1884), vol. VI, p. 53.

⁴ Nietzsche, *The Will to Power*, trad. inglesa Ludovici, *Complete Works* (obras completas), ed. O. Levy (1924), vol. XV [hay ed. española].

ca el movimiento se produce en la dirección en que actúa la fuerza más potente. Para Ward la civilización humana consiste en el control teleológico de esas fuerzas naturales.⁵ Más recientemente Bertrand Russell ha señalado que el poder es el concepto fundamental de la ciencia social, en el mismo sentido en que la energía lo es de la física. El amor al poder —arguye— es el motivo principal que produce los cambios que tiene que estudiar la ciencia social; y las leyes de la dinámica social sólo pueden expresarse en términos de las diversas formas de poder.⁶ De modo semejante los modernos sociólogos del Derecho han llegado a darse cuenta del significado fundamental del fenómeno del poder en todo análisis del Derecho.⁷

Difícilmente puede negarse que la voluntad de poder sea una de las fuerzas motivadoras más fuertes de la vida individual y social. En la vida individual el impulso de poder es susceptible de manifestarse en muchas formas según las cualidades particulares del individuo; puede dirigir su energía al logro de influencia política o social, a la adquisición de dinero y propiedad, a conquistar mujeres o a la consecución de resultados mentales e intelectuales. En la vida social, la lucha de grupos, clases o naciones poderosas explica la mayor parte

⁵ Ward, *Dynamic Sociology*, 2a. ed. (1897), vol. I; pp. 34 ss.; 503 ss.

⁶ Russell, *Power* (1938), pp. 12-15. [Hay ed. española, *El poder en los hombres y en los pueblos*, trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, 1939.] Russell utiliza con éxito en este libro los resultados conseguidos en la física moderna para hacer un análisis de la vida social humana. Es muy probable que la revisión casi revolucionaria de nuestra imagen del mundo que ha producido la física moderna haya de tener una influencia de gran alcance sobre el futuro desarrollo de la filosofía y la sociología.

⁷ Timasheff, *op. cit.*, pp. 171-244; Horváth, *Rechtssoziologie* (1934), pp. 198 ss.

de los acontecimientos decisivos que registra la historia. En nuestros días está ampliamente demostrado el papel del poder en la vida social y política de las naciones. Como parece probar muy claramente la historia de las dictaduras modernas, el poder político ilimitado es una de las fuerzas más dinámicas y agresivas del universo. "Es una experiencia eterna —dijo Montesquieu— que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera."⁸ Los hombres de Estado contemporáneos que han acariciado la ilusión de que los fuertes impulsos de poder político podían ser enfre-
nados mediante concesiones y gestos de "apaciguamiento" podían haber aprendido mucho de Montesquieu. Como el gas o la energía eléctrica, el poder tiende a extenderse o avanzar hasta donde puede llegar —hasta que se construya a su alrededor una valla o recipiente que aquél no pueda trascender ni horadar.

Hay dos formas extremas de vida social humana en las que el poder tiene una influencia ilimitada. Una de ellas es la anarquía; la otra, ya mencionada, el despotismo. En las dos secciones siguientes vamos a estudiar ambas formas de poder incontrolado.

3. *La anarquía*

La anarquía significa una situación social en la que se da a todos los miembros de la comunidad un poder ilimitado. Donde impera la anarquía no hay reglas coactivas que todo individuo esté obligado a reconocer y obedecer. Todo el mundo es libre de hacer lo que quiera. No hay Estado o gobierno que imponga lí-

⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), libro XI, cap. IV [hay ed. española].

mites al ejercicio arbitrario de ese poder. Son divergentes las opiniones acerca de cómo se comportarían los hombres si fuesen abolidos los Estados y los gobiernos y entronizada la anarquía como forma legítima de vida social. Hombres como Bakunin y Kropotkin, adherentes de un credo de anarquismo colectivista, estaban convencidos de que los hombres eran por naturaleza esencialmente buenos y de que sólo el Estado y sus instituciones les habían corrompido.⁹ Creían que los hombres tienen un profundo instinto de solidaridad y que tras la destrucción violenta del gobierno organizado, serían capaces de convivir en un sistema perfecto de libertad, paz, armonía y cooperación. En lugar del Estado coactivo existiría una libre asociación de grupos libres; todo el mundo podría unirse al grupo de su elección y separarse de él en cuanto lo deseara. La cooperación y no la concurrencia sin entrañas sería entonces la ley suprema de la sociedad.

Es, sin embargo, extremadamente improbable que la eliminación total del Estado produjese una libre y armoniosa cooperación entre los hombres. La naturaleza humana no tiene las características que le atribuyen los anarquistas colectivistas y no tenemos motivo alguno para suponer que pueda cambiar radicalmente. La convicción de Spinoza de que en un estado de anarquía cada individuo trataría de extender su poder hasta donde le fuera factible y habría, por ende, de chocar con otros individuos, está más cerca de la verdad que cualquier creencia en la bondad inherente a la naturaleza humana.

⁹ Un buen resumen de las diversas doctrinas anarquistas es el hecho por Jászi, "Anarchism", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. II, p. 46; véase también Merriam y Barnes, *History of Political Theories (Recent Times)* (1924), pp. 197-216.

Porque es cierto [dice Spinoza] que los hombres son necesariamente susceptibles de pasiones; están hechos de tal manera que experimentan piedad hacia los desgraciados y sienten envidia de los felices; que se inclinan más a la venganza que al perdón; además cada uno de ellos desea que los demás vivan conforme él cree oportuno, aprueben lo que él aprueba, y rechacen lo que él rechaza. De donde resulta que, deseando todos con la misma intensidad ser los primeros, estallan entre ellos conflictos y se esfuerzan por oprimirse unos a otros y el vencedor se enorgullece más del daño que ha hecho a su rival que del bien que ha logrado procurarse.¹⁰

Spinoza supone con razón en este pasaje que el resultado final de una situación anárquica sería un régimen político en el que habría de surgir como conquistador un hombre que establecería su dominio sobre los demás. Es más probable que corresponda a la realidad esta opinión que la sostenida por Hobbes de que en la anarquía habría una guerra perpetua de todos contra todos.¹¹ Hobbes llegaba a esta conclusión suponiendo que la naturaleza ha hecho a todos los hombres esencialmente iguales en facultades mentales y físicas, pero en realidad los hombres son muy desiguales en fuerza corporal e intelectual. De ahí que una lucha de todos contra todos en un estado de anarquía hubiera de acabar, probablemente, con la captura del poder por un hombre o un grupo de hombres y con la subyugación de la multitud. Es tanto más probable que ocurriera esto, cuanto que los hombres prefieren el yugo de un poder fuerte a una situación prolongada de caos y desorden. Dondequiera que reina

¹⁰ Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, trad. inglesa Elwes (1895), cap. I, Sec. 5 [hay ed. francesa de Ch. Appuhn].

¹¹ Hobbes, *Elements of Law*, ed. Tönnies (1928), parte I, cap. 14; *Leviatán*, parte I, cap. 13. Véase, también, *infra*, Sec. 24.

la anarquía se ve pronto desplazada por el extremo opuesto: el despotismo.¹²

4. *Despotismo*

El despotismo es una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige. Puede manifestarse en dos formas. En primer término puede significar el régimen puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta —o finge querer— realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y es a la vez más peligrosa.

En su forma puramente arbitraria el despotismo no reconoce límites al ejercicio del capricho personal del gobernante. El déspota lanza sus mandatos y prohibiciones según decide su voluntad libre y sin restricciones. Recompensa o castiga según sus caprichos casuales o sus pasajeros cambios de humor. Condenará un día a muerte a un hombre por haber robado un caballo y absolverá acaso, al siguiente, a otro ladrón de caballos porque al ser llevado ante él cuenta una anécdota divertida. Matará un día a uno de sus esclavos por no haber trabajado con suficiente celeridad; al siguiente, estando de mejor humor, infligirá un castigo leve a otro esclavo holgazán. En ambos ejemplos, la diferencia de trato de dos situaciones cuyos elementos de hecho son idénticos, no se basa en razones inherentes a los hechos en sí, sino en los im-

¹² Véase Platón, *La República*, trad. inglesa Jowett, libro VIII, 564. "El exceso de libertad en el individuo y en el Estado debe llevar a un exceso de servidumbre."

pulsos puramente arbitrarios y caprichosos del déspota. Éste es el rasgo característico del poder arbitrario: su detentador no se considera obligado a tratar de igual modo las situaciones iguales. No reconoce ninguna norma con arreglo a la cual ejerce su poder. Castiga si se siente de humor para hacerlo así; indulta cuando le parece. Actúa movido por caprichos e impulsos irracionales y no por motivos objetivos o consideraciones de razón.

El despotismo de tipo puramente personal se da con frecuencia en tribus primitivas y en un orden social que reconoce la esclavitud. Prevalció igualmente en ciertas monarquías orientales. En la cultura moderna del despotismo no ha desaparecido, pero se disfraza generalmente en una forma más impersonal. En un Estado totalitario moderno, el déspota trata de relacionar su poder con alguna aspiración o ideal más elevado, al que afirma servir. Puede ser totalmente sincero en su creencia de que el ejercicio de su poder ilimitado está desprovisto de todo elemento personal y de que busca sólo un objetivo impersonal. En la Rusia Soviética se ha ejercido desde la Revolución de 1917 un poder despótico en interés de las masas trabajadoras y para promover la revolución proletaria. En los Estados fascistas se ejerce un poder extremado en interés de la gloria y el engrandecimiento de la nación. Un gobernante autocrático como Hitler se considera a sí mismo como mero ejecutor de la voluntad colectiva del pueblo alemán.

Hay que darse cuenta, sin embargo, de que es posible que el poder sea arbitrario aunque su detentador se considere a sí mismo encarnación de algún ideal elevado. La experiencia nos enseña que en un Estado totalitario moderno muchos actos, de naturaleza puramente caprichosa y arbitraria, se justifican y sancio-

nan en nombre de un propósito sagrado. Al decretar una ley revolucionaria que el poder entregado a los soviets ha de ser ejercido en interés de las masas trabajadoras y la revolución proletaria, otorga a aquéllos un grado prácticamente ilimitado de discreción. Si no hay garantías contra un abuso de esa discreción (tal como un recurso ante un Tribunal judicial independiente) es muy difícil distinguir la discreción del poder arbitrario. Un acto realizado por un funcionario impulsado por motivos puramente personales puede fácilmente ser "racionalizado" como hecho "en interés de la revolución proletaria" y no hay tribunal que pueda investigar los motivos reales del acto. Una ley nacionalsocialista alemana que autoriza al juez a castigar "con arreglo al sentimiento sano del pueblo"¹³ le inviste, en nombre de un principio general y abstracto, de una discreción de la que puede fácilmente abusar en forma arbitraria.

Otro hecho que convierte los Estados totalitarios modernos en estructuras de poder arbitrario es la posibilidad ilimitada de modificar las leyes. Este rasgo característico del totalitarismo moderno es más visible en Alemania¹⁴ que en ningún otro país. Desde 1933 la función legislativa ha sido delegada totalmente al gabinete alemán y a su jefe Adolf Hitler. El gobierno modifica la ley con gran frecuencia e incluso con fuer-

¹³ Ley del 28 de junio de 1935, *Gaceta Oficial Alemana*, 1935, parte I, p. 839.

¹⁴ Dorothy Thompson observa: "El Derecho en la Alemania actual, como en la antigua Esparta, es improvisado. No hay alma viviente en Alemania que tenga una seguridad jurídica real, porque el Derecho emana de ucases emitidos por los líderes... Lo que es legal hoy puede ser considerado mañana como ilegal y el Derecho no es más estable que la cotización de bolsa." *Nazism An Assault on Civilization*, ed. Van Paassen y Wise (1934), p. 4.

za retroactiva. No hay ya salvaguardias constitucionales que establezcan limitaciones a la legislación arbitraria. En el campo administrativo el poder del gobierno o de sus funcionarios de policía de internar a cualquier ciudadano en un campo de concentración sin expresar ningún motivo, puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso. Incluso personas a las que un tribunal ha absuelto de la imputación de un delito político, pueden ser internadas en campos de concentración si el *Führer* desaprueba la decisión. Ejemplo destacadísimo de tal ejercicio arbitrario del poder fue la famosa "purga" del 30 de junio de 1934 en la que los líderes nazis opositores fueron ejecutados sin proceso. El acto —que se reconoce no estaba justificado por el Derecho escrito— fue legalizado posteriormente por medio de una ley de efecto retroactivo, firmada por el autor de las ejecuciones y dos miembros de su gabinete.¹⁵

Tales ejemplos de régimen arbitrario —que en mayor o menor grado, se encuentran en todos los Estados totalitarios— crean en el pueblo un sentimiento de peligro e inseguridad.

Es decisivo para la conducta de los súbditos dentro de una estructura de poder despótico [dice Timasheff] el hecho de que no pueden contar con que la conducta de los dominadores haya de conformarse a las normas generales, porque esas normas no obligan a sus autores y la obediencia estricta a una disposición general.

¹⁵ Ley del 3 de julio de 1934, *Gaceta Oficial Alemana*, 1934, parte I, p. 529; Loewenstein en su instructivo artículo sobre el Derecho en el Tercer Reich ("Law in the Third Reich") publicado en la revista *Yale Law Journal* (1936), vol. 45, pp. 779 a 811, califica esta ley de "ejemplo único de una ley de indemnidad, emanada de la persona misma que busca la indemnidad". Véase, también, Loewenstein, *Hitler's Germany* (1939), Sec. 2.

promulgada ayer, puede —hoy o mañana— provocar la cólera y la venganza de los dominadores. Todo individuo tiene que estar al corriente de los caprichos pasajeros de los dominadores y tratar de ajustar a ellos su conducta. En una estructura de poder de este tipo, el ánimo de los súbditos tiene que estar constantemente turbado y sentirse siempre inseguro.¹⁶

Pero hay un camino para evitar tal situación. Ese método es el Derecho.

¹⁶ Timasheff, *op. cit.*, p. 216.

Raíz latina: La palabra se forma a partir del verbo latino dirigire (conducir, enderezar, regir), y su participación directum.

II. EL DERECHO

5. *La naturaleza del Derecho en general*

POR SU propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina Derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho público. La función general de ambas ramas del Derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder.

Pero no toda limitación del poder puede ser denominada Derecho. Es posible que el poder se vea limitado por otro poder igual o superior en fuerza, por la fuerza pura o por hechos naturales. Sólo una limitación que imponga al detentador del poder la observancia de ciertas "normas", es decir, reglas generales de conducta, es Derecho.¹ En un sistema jurídico

¹ La expresión "reglas generales de conducta" se aplica igualmente a las normas religiosas y morales y a las consuetudinarias. En los primeros estadios de la sociedad humana es imposible distinguir tales reglas de las jurídicas. Tienen por tanto que ser incluidas, en cierta medida, en una consideración general del Derecho. Sobre la distinción entre el Derecho y las otras normas de conducta en una cultura desarrollada, véase, *infra*, Sec. 15.

desarrollado la observancia de tales reglas de conducta será impuesta normalmente por el Estado, a través de algún sistema de coacción, pero el elemento coactivo no es esencial al concepto de Derecho. El contrato entre Robinson Crusoe y el capitán inglés era un acto de Derecho, aunque no hubiera autoridad superior que pudiera imponer su cumplimiento.² Los acuerdos entre naciones soberanas tienen carácter jurídico aunque no hay poder capaz de obligar a esas naciones a mantenerse fieles a los convenios. Tales acuerdos son Derecho porque, al establecer ciertas obligaciones, crean limitaciones voluntariamente impuestas al poder de ambas partes contratantes. La garantía de cumplimiento de esas obligaciones es incompleta; prácticamente la única garantía es el propio interés de las partes. Sin embargo, en caso de ser las dos aproximadamente iguales en fuerza, ambas pueden beneficiarse de una fiel observancia del contrato. Hay situaciones en las que, examinando las cosas de modo realista, un hombre puede sacar mayor partido de otro tratándole como coasociado igual que sometiéndole a su poder. Una de las razones psicológicas más importantes del origen del Derecho puede residir en el hecho de que, desde el punto de vista de la pura utilidad egoísta, contrato y Derecho pueden ser instrumentos superiores de dominio y poder para la consecución de una determinada finalidad. Robinson convirtió a Viernes en esclavo; pero con el capitán inglés —entregado, como Viernes, totalmente en sus manos— concluyó un contrato, porque el capitán podía volverle a Inglaterra a bordo de su barco. Los jefes de dos tribus salvajes poderosas pueden preferir mantener unas relaciones basadas en el comercio y el intercambio, a seguir el

² Véase, *supra*, Sec. 1.

camino sangriento de la guerra, a causa de la incertidumbre del resultado de la lucha entre sus tribus. Dos naciones modernas de igual fuerza militar pueden preferir arreglar sus diferencias por las normas del Derecho internacional si a ninguna de las dos les es posible estar segura, en caso de guerra, de salir vencedora en la contienda.

Estas consideraciones nos ayudan a aprehender una diferencia fundamental entre poder y Derecho. El poder representa, en el mundo de la vida social, el elemento de lucha, guerra y sujeción. Por el contrario, el Derecho representa el elemento de compromiso, paz y acuerdo.³ En un sistema social en el que el poder tenga una influencia ilimitada la tendencia será hacia la opresión o eliminación de los más débiles por los más fuertes. En un sistema social donde impere el Derecho se intentará reajustar las relaciones humanas

³ Quienes glorifican el poder, la lucha y la guerra, tienen necesariamente que mantener una actitud crítica frente al Derecho. Friedrich Nietzsche, uno de los expositores más sobresalientes de la filosofía del poder, hace sobre el Derecho las siguientes observaciones: "Hay que confesar que, desde el punto de vista biológico, las condiciones del Derecho tienen que ser sólo *condiciones excepcionales*, ya que son restricciones parciales de la voluntad de vivir propiamente dicha, que lucha por el poder; tienen que estar subordinadas al fin general de la voluntad de vivir, como un medio particular, a saber, como un medio de crear mayores unidades de poder. Un orden jurídico concebido como soberano y universal, no como arma para la lucha, sino como un arma *contra* toda lucha en general, sería algo parecido al método comunista de Dühring de considerar toda voluntad como igual a toda otra voluntad; sería un principio *hostil a la vida*, destructor y disolvente del hombre, un atentado contra el futuro de la humanidad, un síntoma de cansancio, un campo oculto hacia la nada", *The Genealogy of Morals*, trad. inglesa Samuel, *Complete Works* (obras completas), ed. O. Levy (1924), vol. XIII, p. 88. [Hay varias eds. españolas con los títulos *Genealogía de la Moral* y *Génesis de la Moral*.] El autor ha alterado ligeramente la traducción inglesa.

por medios pacíficos y evitar la lucha constante e innecesaria. En la vida social el poder es una fuerza expansiva y revolucionaria. El Derecho, por su propia naturaleza, es restrictivo y conservador. El poder representa el elemento dinámico del orden social;⁴ es, con frecuencia, destructor, pero puede preparar el terreno para nuevas formas de sociedad humana. El Derecho, en conjunto, es una fuerza estática; tiene una cierta tendencia al estancamiento. Donde impera el Derecho se realiza un intento de mantener un equilibrio social concediendo y asegurando —dentro del sistema social— ciertos derechos a los individuos y grupos; se niega generalmente un aumento o disminución considerable de esos derechos. Por ello el Derecho quiebra a veces en épocas de crisis y cambio social, dejando vías expeditas a nuevos reajustes de poder. En tales épocas, el Derecho sólo tiene la posibilidad de conservarse dando pruebas de gran flexibilidad y adaptabilidad.

La constitución republicana de Roma permitía una infusión temporal de poder en la vida social en épocas de emergencia, crisis o guerra. En caso de emergencia, cualquiera de los cónsules podía promover el nombramiento de un dictador que pasaba inmediatamente a ser superior a él, a su colega y a todos los demás magistrados. Cuando el dictador era nombrado para una finalidad determinada, tenía que retirarse una vez conseguido el propósito que motivó su nombramiento. En cualquier caso el cargo cesaba a los seis meses de la designación. Mientras el dictador ocupa-

⁴ Emerson dice: "El poder cesa en el instante de reposo; reside en el momento de transición de un estado pasado a otro nuevo, de lograr éxito en una empresa, de alcanzar el blanco", "Self-reliance", *Complete Works* (obras completas) (1883), vol. II, p. 69.

ba el puesto, su poder era supremo; podía promulgar cualquier clase de medidas que estimase adecuadas para hacer frente a la situación. Pero pasada la emergencia, se reanudaban automáticamente los procedimientos jurídicos regulares.⁵ Es probable que este medio constitucional de sancionar una infusión temporal de poder en el sistema jurídico, haya tenido alguna parte en el origen de la grandeza política de Roma.

Quienes más interés tienen en conservar el Derecho como instrumento principal de control social, deberían ser los primeros en darse cuenta de que el Derecho tiene ciertos defectos que le son inherentes y que ponen siempre en peligro su existencia. Es muy poco probable que el Derecho disfrute jamás en la tierra de una existencia continua y no perturbada. Como uno de los instrumentos más delicados de la civilización, es difícil conseguir su posesión y fácil perderla.

Todo derecho que ha existido en el mundo —dijo Jhering— debió ser adquirido por la lucha; los principios del Derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos por la lucha a quienes no los aceptaban; por ello todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, suponen que sus titulares, el pueblo y el individuo, estén constantemente dispuestos a defenderlo.⁶

La capacidad de un sistema jurídico establecido para defenderse contra los asaltos de sus enemigos

⁵ Véase, Jolowics, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1932), pp. 53-55; Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3a. ed. (1887), vol. II, pp. 141-172. [Hay trad. española de don Pedro Dorado Montero, *Derecho Público Romano*, La España Moderna, Madrid; s. a.]

⁶ Jhering, *The Struggle for Law*, trad. inglesa Lalor (1879), p. 1. [Hay trad. española de Adolfo Posada, *La lucha por el Derecho*.]

depende del grado en que logre mitigar o combatir la tendencia a la rigidez y estancamiento que es inherente a la naturaleza misma del Derecho.

6. El tipo ideal de Derecho

Para conocer y comprender un fenómeno es necesario contemplarlo en su forma más pura y desarrollada. Quien desee conocer el feudalismo tendrá que estudiar su estructura en aquellos países en los que alcanzó su máximo desarrollo. Para entender el significado del término "burocracia" es aconsejable estudiar una estructura social donde la burocracia presente sus características más típicas. Para demostrar los efectos y resultados típicos de una dictadura política, hay que estudiar esta forma de gobierno allí donde se presenta del modo más puro y característico.⁷ Lo mismo puede decirse de la institución del Derecho. Sólo describiendo un sistema jurídico desarrollado en el que se hayan realizado todos los elementos típicos y esenciales del Derecho en su forma pura puede entenderse el verdadero significado del término "Derecho". La historia de la cultura nos da muchos elementos para la construcción del tipo puro e ideal del Derecho. La comparación de sistemas jurídicos altamente desarrollados, el análisis de las tendencias que operan en el crecimiento de la cultura hacia su máximo desarrollo, la opinión de los grandes juristas y pensadores políticos de todas las épocas nos ayudarán a descu-

⁷ Véase, Max Weber, *Economía y sociedad*, vol. 1, p. 215 [ed. del Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 1964], *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), pp. 190-214.

Sobre el valor metodológico de construir tipos de los fenómenos sociales, véase, *infra*, Sec. 60.

brir el tipo más alto y puro del Derecho. Este tipo ideal puede no ser realizado nunca en todas sus manifestaciones; pero es un patrón que hay que usar para darse cuenta de hasta qué punto se aproxima o se aleja del ideal jurídico una determinada nación.

Como hemos visto, el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. El peligro de la anarquía consiste en la posibilidad de un abuso arbitrario de poder por parte de todos y cada uno de los individuos. El riesgo del despotismo estriba en la posibilidad del abuso arbitrario de poder por parte de un hombre. El tipo ideal de Derecho evitará a la vez los dos peligros. *El Derecho en su forma pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno.*

¿Cómo puede el Derecho llegar a esta meta? Únicamente limitando, por una parte, el poder de los particulares y, por otra, el de las autoridades públicas. Si se limita sólo el poder de los particulares, habrá necesariamente un gobierno omnipotente, es decir, algo cercano al despotismo. Si no se limita más que el poder del gobierno, habrá necesariamente individuos particulares o grupos privados omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía. Ambas situaciones son hostiles al imperio del Derecho (*reign of law*). La única solución puede ser asignar, tanto a los individuos particulares —o grupos privados— como a los gobernantes, una esfera de poder definida y circunscrita que no puedan agrandar ni trascender arbitrariamente. En otros términos, el Derecho en su forma más pura tiene que reconocer una esfera limitada de poder a los particulares y a las autoridades gobernantes.

Es función del Derecho privado otorgar, definir y circunscribir la esfera de poder de que han de gozar los

particulares. Sólo se puede conceder poder a los particulares por medio de "derechos" jurídicamente reconocidos. Pueden definirse estos derechos como esferas de poder reconocidas y garantizadas por el Derecho. El Derecho privado no se realiza en su forma más pura y desarrollada si la esfera de poder asignada a los particulares y a los grupos privados es demasiado amplia o demasiado restringida.

La esfera de poder asignada a los particulares es demasiado amplia si el Derecho sanciona un sistema de despotismo privado. Existe tal situación en aquellos sistemas jurídicos que, como el antiguo Derecho romano, reconoce la esclavitud o el poder ilimitado del *paterfamilias* sobre los miembros de su casa. La relación entre el detentador de un poder arbitrario y el objeto de su poder no es una relación jurídica;⁸ para un esclavo, el poder de su propietario es un mero hecho de dominación. El hecho de que la esclavitud sea expresamente reconocida por el Derecho como institución social no convierte la relación de poder en relación de Derecho.⁹ Indica meramente que el sistema jurídico de que se trata reconoce y sanciona una relación de poder existente y garantiza esa esfera contra las invasiones de terceras personas.

Lo mismo puede afirmarse con respecto al poder ilimitado de vida y muerte que tenía el *paterfamilias* sobre los sometidos a su autoridad. Max Weber dijo que "el Derecho romano se detenía en el umbral del

⁸ Jellinek, *System der subjektiven öffentliche Rechte*, 2a. ed. (1905), p. 10. [Hay trad. italiana, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912.] Véase también sobre este problema, Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. inglesa Weirldon, libro V, cap. 10.

⁹ Sólo el propietario de esclavos puede, en ejercicio de su voluntad soberana, instituir un orden jurídico para su propiedad esclava. Sin embargo, si quebranta ese orden, el Estado no intervendrá para proteger los "derechos" de los esclavos.

hogar".¹⁰ Esta afirmación toca la esencia y el corazón mismo del problema. "Se detenía", es decir, se negaba a extender su influencia y su fuerza reguladora al seno de la familia. El Derecho romano, al menos durante un largo periodo de su existencia, reconoció relaciones jurídicas únicamente entre los cabezas de familias libres e independientes; no reconocía relaciones jurídicas entre un *paterfamilias* y sus hijos ni entre un amo y sus esclavos.¹¹

Este hecho nos ofrece una importante aclaración. El Derecho, en conjunto, comporta igualdad y no sujeción; en su forma pura es una relación entre iguales, no entre superior e inferior. Allí donde el Derecho sanciona o permite la existencia de zonas de poder de individuos o grupos extraordinariamente fuertes, se aparta de su forma más perfecta.¹² Por ejemplo, es probable que en la moderna sociedad industrial, el reconocimiento ilimitado del derecho de adquirir propiedad y concluir contratos, pueda permitir una acumulación de poder económico en manos de individuos, grupos y asociaciones industriales, mercantiles y financieras fuertes, susceptible de poner en peligro el régimen de Derecho (*rule of law*). Un gran monopolio o *trust* industrial, comercial o financiero, totalmente libre de limitaciones y restricciones a su poder de organizarse

¹⁰ Weber, *Economía y sociedad*, ed. cit., pp. 532 ss.

¹¹ En el curso del desarrollo jurídico romano, esta situación fue modificada por legislación destinada a proteger al esclavo y a los miembros de la familia contra el ejercicio arbitrario del poder del amo y del *paterfamilias*. Véase, *infra*, Sec. 21.

¹² Cf. a este respecto la observación de Lincoln: "De la misma manera que no querría ser esclavo, no quiero ser amo. Esto expresa mi idea de la democracia. Todo lo que difiera de ello no es democracia, en la proporción en que discrepe", *Writings of Abraham Lincoln*, ed. Lapsley (1906), vol. VII, p. 389. Esta observación es aplicable no sólo a la democracia, sino también al Derecho.

y darse normas internas autónomas, de tratar con sus empleados y obreros, fijar salarios y horas de trabajo y determinar sus relaciones con sus consumidores y el mundo exterior, constituiría una estructura de poder privado, dejada aparte, al menos hasta cierto punto, por el Derecho. Un orden social dominado por un pequeño número de asociaciones monopolísticas omnipotentes difícilmente puede constituir un sistema jurídico, sobre todo si el poder económico de esas organizaciones tiene el suplemento del poder político.

Estos ejemplos han sido encaminados a demostrar que el Derecho en su forma más pura no puede prevalecer si la esfera del poder permitida a los particulares o a los grupos privados es demasiado amplia. Es igualmente cierto el caso inverso. El Derecho no puede florecer si los grados de poder atribuidos a los individuos o grupos son demasiado reducidos. En tal caso tiene que existir necesariamente un poder público abrumadoramente fuerte, que restringirá en gran medida la libertad individual, impidiendo con ello el imperio del Derecho. El Derecho exige el reconocimiento de una esfera bien definida de poder, dentro de la cual el individuo esté libre de las invasiones arbitrarias del gobierno.

De dos maneras puede darse el poder a los particulares y a los grupos privados. En primer término, el gobierno puede otorgar al individuo un cierto grado de libertad para adquirir propiedad, hacer contratos con sus congéneres y formar una familia. Podemos llamar "individuales" a los derechos de esa clase, porque su realización depende principalmente de la propia actividad y de la iniciativa del individuo. En segundo lugar el gobierno puede conceder a los ciudadanos ciertos derechos a disfrutar de servicios públicos establecidos para su bienestar y su protección frente a

los azares de la vida. Entre los derechos de este tipo puede incluirse el derecho a un trabajo garantizado, a unas vacaciones pagadas, a la seguridad material en casos de vejez o enfermedad, a un salario que permita vivir dignamente o a la educación.¹³ Tales derechos pueden llamarse “sociales”, porque su realización depende, de modo preponderante, de la actividad, buena voluntad e iniciativa de la sociedad organizada y de sus funcionarios.

En su forma más pura y desarrollada, el Derecho requiere el reconocimiento —al menos hasta cierto grado— de los derechos individuales. Los derechos contractuales, de propiedad y de familia son medios que permiten una amplia distribución de poder entre los ciudadanos; son, por esta razón, instrumentos importantes del Derecho. El Derecho romano llegó a ser prototipo y ejemplo de un sistema jurídico desarrollado porque, por primera vez en la historia, elaboró, de modo claro y eficaz, los conceptos jurídicos de contrato y propiedad. Hay, empero, que darse cuenta de que sólo un reconocimiento *limitado* de los derechos contractuales y de propiedad constituye una garantía del imperio del Derecho. El Derecho tiene que poner un freno al ejercicio arbitrario, sin escrúpulos y claramente antisocial de esos derechos. Tiene que delimitar la esfera de expansión del poder individual, en interés de una vida social ordenada y pacífica. Tiene que prevenir o que castigar toda invasión arbitraria del dominio legal de un individuo por parte de otro. El grado en que han de ser limitados los derechos contractuales y de propiedad en interés del bienestar público, depende de la estructura social siempre cam-

¹³ Véanse, por ejemplo, los artículos 119-121 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas del 5 de diciembre de 1936.

biante; ese problema tiene que resolverlo de nuevo cada generación.

Es posible imaginar un orden social en el que estén totalmente abolidos los derechos de propiedad, familia y contratos. De no cambiar la naturaleza humana, tal orden sólo podría basarse en un poder público extremadamente fuerte, porque las autoridades gobernantes habrían de estar constantemente en guardia para evitar que se produjese la natural expansión individual por medio de la propiedad, el contrato y la familia. Un Estado de este tipo se parecería a un Estado de esclavos, aunque tratase a los súbditos con benevolencia. En tal Estado el poder —y no el Derecho— sería el instrumento principal de control social.

Si en ese sistema social los derechos individuales fuesen remplazados por una garantía constitucional de los derechos sociales, se produciría una restauración parcial del Derecho. Un ciudadano que pudiera reclamar su derecho a conseguir trabajo, a recibir una educación y a disfrutar ciertos beneficios en caso de vejez o enfermedad, gozaría de cierto grado de poder jurídicamente sancionado que el súbdito de un Estado puramente despótico no tendría posibilidad de reclamar como propio. Pero hay que tener presente que la realización de los derechos sociales depende por entero de la buena disposición, benevolencia y capacidad de organización del gobierno. Sólo un gobierno que controle todos, o al menos la gran mayoría, de los recursos económicos del país, puede estar en situación de asegurar la satisfacción plena de esos derechos. Tal gobierno habrá de combinar necesariamente el poder político con el económico. Estará en situación de hacer que el cumplimiento de sus obligaciones dependa de la completa obediencia y lealtad

de sus ciudadanos y de una aceptación indiscutida de su filosofía política.

El futuro verá probablemente un creciente reconocimiento de los derechos sociales. Desde el punto de vista del Derecho —a menos que el reconocimiento de los derechos sociales vaya acompañado del reconocimiento de derechos individuales— tal desarrollo puede ser considerado como una retrogresión al imperio del poder. El futuro del Derecho sólo estará asegurado si los derechos individuales y sociales se combinan y equilibran en el sistema social de manera inteligente.

Las mismas consideraciones hechas en el Derecho privado son aplicables al Derecho público. Para realizar la forma ideal del Derecho el gobierno ha de tener poder suficiente para impedir la anarquía. Ha de tener poder para hacer frente a la situación siempre que amenacen producirse en la vida política, económica y social de la nación situaciones caóticas. Hasta qué punto hayan de extenderse los derechos del gobierno para permitirle realizar su función es problema que no puede ser decidido de una vez para todas. La respuesta de esta pregunta depende de la estructura social particular de un país en un momento dado. No puede acusarse de inconsecuencia a la Suprema Corte de los Estados Unidos porque apoye y reconozca hoy la validez de unos poderes de las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno que no hubiera reconocido hace treinta años. Si el más alto Tribunal debe o no convalidar determinada legislación reguladora, no es un problema político, sino jurídico. Si esa legislación es necesaria para impedir que se produzcan —o para eliminarlas una vez producidas— condiciones que puedan llevar al caos, a la anarquía o al desorden en alguna rama de la vida económica o social de la na-

ción, es conforme a la idea misma de Derecho que se reconozca la validez de tal legislación. Es posible que hace treinta años la Suprema Corte hubiera declarado inconstitucional la ley Wagner de Relaciones Industriales. Hoy, ante la agravación de las relaciones entre capital y trabajo, ha sostenido la constitucionalidad de la ley en el supuesto de que ha de contribuir al establecimiento de relaciones más armónicas entre capital y trabajo.¹⁴ Bajo un "imperio de la ley" (*government of law*) que trata de mantener un equilibrio delicado entre la anarquía y el despotismo, tales consideraciones son enteramente legítimas desde el punto de vista del Derecho.

Pero aunque un "gobierno con arreglo a Derecho" (*government by law*) deba tener poder suficiente para evitar condiciones anárquicas, no debe gozar de un poder ilimitado.¹⁵ No hay Derecho público sino en un Estado donde el gobierno se ve obligado a actuar dentro de límites bien definidos. El mejor medio de lograr este fin es una constitución que especifique los poderes del gobierno y de sus varias ramas. Es también esencial para la realización del Derecho, que se otorguen a los ciudadanos determinados derechos básicos de los que no se les pueda privar en circunstancias normales. La separación de poderes mediante la división del gobierno en varios departamentos independientes es una práctica eficaz para impedir el des-

¹⁴ National Labor Relations Board, véase *Jones and Laughlin Steel Corp.* (1937), 301 U. S. 1, 57 Sup. Ct. 615.

¹⁵ El problema con que se enfrenta un "gobierno conforme a Derecho" lo describe excelentemente un párrafo del Mensaje dirigido por Lincoln al Congreso de la Unión Norteamericana el 4 de julio de 1861. "¿Es forzoso que un gobierno sea necesariamente demasiado fuerte para mantener las libertades de su propio pueblo o demasiado débil para mantener su propia existencia?" Lincoln, *op. cit.*, vol. V, p. 323.

potismo. Pero puede haber un "imperio de la ley" sin una separación estricta de poderes (como en Inglaterra y Francia)* con tal de que su autoridad esté sometida a restricciones definidas y de que los derechos de los ciudadanos no puedan ser disminuidos o abolidos por la acción arbitraria del ejecutivo o del legislativo. Difícilmente puede ser realizado el tipo ideal de Derecho sin emplear alguna especie de sistema de frenos y contrapesos gubernamentales, porque sin tal sistema no pueden estar seguros los derechos de los ciudadanos.

Otro medio de llegar a los mismos resultados sería decir que el Derecho puede únicamente prosperar allí donde hay una amplia distribución de unidades de poder aproximadamente iguales. Es un hecho que en una sociedad de productores iguales e independientes, que regulen sus relaciones mutuas por medio del contrato hay unas condiciones muy favorables para el imperio del Derecho en su forma pura.¹⁶ En cuanto medio jurídico el contrato comporta una idea de igualdad, con tal de que ambas partes sean libres para concluirlo o no —condición que no siempre existe hoy, dada la presión de las circunstancias económicas—. En un mundo industrial dominado por *trusts* y sociedades comerciales y financieras gigantescas, la realización del Derecho presenta serias dificultades que sólo pueden resolverse mediante un ajuste razonable de las relaciones entre capital y trabajo, bajo la supervisión del gobierno.

Hay que darse cuenta de que la adquisición de gran poder por parte de un grupo particular crea necesaria-

* Con arreglo a las leyes constitucionales de 1875 [T.].

¹⁶ Se encuentran interesantes observaciones sobre este problema en el libro de Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* [trad. alemana de Hajós, 1929], pp. 60 ss.

mente dentro del orden social una posición de debilidad a otros grupos, aunque el Derecho reconozca la igualdad formal de todos los individuos y grupos. De la posición débil de tales grupos —por ejemplo de los trabajadores en un mundo dominado por los monopolios— puede resultar una situación de sujeción; y la relación de dominación y sujeción es ajena a la idea de Derecho.

El Derecho en su forma pura presupone, pues, cierta generalidad e igualdad en la asignación de derechos. Cuanto más se aleja el Derecho del poder y más se aproxima a su forma ideal, mayor importancia se ve obligado a atribuir a la realización de la igualdad. Desde el punto de vista del Derecho puro casi parecería lógico pedir una absoluta igualdad social y económica de todos los hombres, porque haría imposibles las condiciones que permiten la dominación y la sujeción. Si el Derecho establece meramente una igualdad de oportunidad, que no implique una igualdad de situación, el influjo de la selección natural tenderá a crear nuevas relaciones de poder. **Al elevarse los más fuertes por encima de los más débiles, se desarrollarán en el cuerpo social condiciones de desigualdad material que producirán una dominación económica.** Así, aunque al comienzo de la libre concurrencia universal puedan ser iguales todos los hombres, después de algún tiempo de competencia, la situación será totalmente distinta. Un orden social basado en una oportunidad igual y sin obstáculos para todos, acabará por ser, finalmente, un orden basado en una igual oportunidad para unos pocos; es decir, que a menos que se produzca una redistribución de poder, una época de *laissez-faire* desembocará en una época de monopolio y privilegio. Por esta razón el Derecho en su forma pura favorece el establecimiento de una igualdad de condición.

Pero aunque un orden social basado en la igualdad absoluta pueda concordar con la forma más pura y consecuente del Derecho, presentaría dificultades muy serias. En primer lugar tal orden sería indeseable porque no deben ser recompensados de la misma manera capacidades y resultados desiguales. En segundo término, aunque parezca aconsejable establecer tal orden, no podría ser mantenido durante mucho tiempo. Acabaría por irrumpir en forma violenta el deseo natural de los hombres de extender su poder y aventajar a los demás. Acaso se pudiera evitar ese proceso mediante la institución de un gobierno fuerte, provisto de poderes dictatoriales para evitar el establecimiento de cualquier forma de desigualdad en el orden social. Pero la idea misma de la institución de tal gobierno, dotado de poderes autocráticos, es contradictoria con la idea de Derecho y produciría la creación de una nueva estructura de poder.

La dificultad de llegar a realizar un sistema puro de Derecho ideal es indicio de una antinomia inherente a la idea misma de Derecho. Así como los hombres no soportan por mucho tiempo el imperio del poder en su forma pura y arbitraria, no toleraría eternamente el imperio del Derecho en su forma ideal y perfecta. Todo extremo lleva en sí mismo las semillas de su propia destrucción. Ésta es la razón por la que la lucha entre poder y Derecho será eterna en la vida social. El Derecho en su forma más ideal, a saber un Derecho que ha eliminado toda traza de relaciones de poder entre los hombres, no puede ser nunca una situación permanente. Toda forma de vida social tiene ciertos defectos que impiden su implantación permanente y su existencia continuada. Lo mismo puede decirse del Derecho. La mayor parte de las culturas tienen una tendencia a la realización del Derecho en

su forma pura. Esta tendencia se manifiesta en la lucha entre las diferentes clases por la libertad y la igualdad, lucha que aumenta en intensidad según avanza el desarrollo de la civilización. Pero la meta final de este proceso no será alcanzada nunca: una situación de libertad completa e igualdad absoluta de todos los hombres es demasiado antagónica con las duras realidades de la naturaleza para que pueda ser realizada jamás en la vida humana.

7. Las etapas del Derecho

Poder y Derecho en sus formas puras son polos opuestos. El uno representa la idea de un potencia arbitraria, no restringida por ninguna regla de conducta. El otro polo representa la idea de un sistema social en el que el poder está limitado por un máximo de frenos y contrapesos eficaces. Entre estos dos polos hay muchas formas intermedias. Representan transiciones del poder al Derecho. La mayor parte de los órdenes sociales no adoptan ni el poder puro ni el Derecho puro como agente exclusivo de control social. Sus formas de vida política contienen elementos de ambos. El problema decisivo para juzgar un sistema determinado es el de si predomina en su organización social el elemento de poder o el elemento de Derecho. En otros términos, hay que averiguar a cuál de los dos polos se aproxima más un sistema social dado —al del poder puro o al del Derecho puro—. Sería interesante para un historiador del Derecho considerar la historia jurídica desde el punto de vista de las relaciones entre poder y Derecho en el desarrollo de los sistemas jurídicos. Tendría que investigar hasta qué punto un sistema jurídico determinado, en una época dada de su historia se ha aproximado o alejado del tipo ideal y

puro del Derecho. Hasta ahora no se ha subrayado suficientemente este aspecto de la historia social y jurídica.

Sólo voy a hacer en este punto unas pocas sugerencias para un análisis de la historia del Derecho. No trato en modo alguno de presentar ni siquiera un breve esquema del desarrollo del Derecho. El enfoque es menos histórico que metodológico. Se supone que el Derecho, en su gradual autorrealización, parte del polo del poder y se dirige hacia el Derecho tal como se ha descrito en la sección anterior. En las páginas siguientes estudiaremos brevemente algunas de sus formas y estadios de transición.

La forma de organización que se supone más antigua es el clan o *sib*.^{*} Puede definirse como una familia ampliada; consta de varias generaciones unidas por lazos de sangre. Autores modernos eminentes suponen que el ascendiente varón de más edad del clan era su jefe patriarcal. Creen que tenía un poder ilimitado sobre los miembros del clan y que lo gobernaba a discreción, libremente y sin trabas.¹⁷ "Viviendo todo hombre

^{*} El autor emplea como equivalente en este pasaje y en los que siguen las dos palabras, aunque posteriormente usa sólo la de *sib*. Como ésta no tiene traducción en castellano, he preferido usar la de *clan*, más difundida entre nosotros. Por lo demás hay quienes establecen una diferencia entre los dos conceptos, empleando *sib*, para los grupos de organización patriarcal y *clan* para los matriarcales; otros autores consideran el *sib* como una subdivisión del *clan*. Hay finalmente otros para quienes *clan* y *gens* son las especies matrilineal y patrilineal del género *sib*. [T.]

¹⁷ Platón, *Las Leyes*, trad. inglesa Jowett, lib. III, 680; Maine, *Ancient Law*, ed. Pollock (1930), pp. 7, 178; nota K de Pollock, p. 186 [ed. española, *El Derecho antiguo y la costumbre primitiva*, La España Moderna, Madrid, s. a.]; Weber, *Economía y sociedad*, vol., III, § 1; Vinogradoff, *Historical Jurisprudence* (1920), vol. I, p. 345. Koschaker, "Fatriarchat, Hausgemeinschaft und Mutterrecht" (1933) en *Zeitschrift für Assyriologie*, N. F., vol. 7. Véase

—dice Sir Henry Sumner Maine, al describir la forma más antigua de organización social— durante la mayor parte de su vida bajo el despotismo patriarcal, estaba prácticamente controlado en todos sus actos por un régimen no de Derecho sino de capricho.”¹⁸

Si aceptamos como correcta esta opinión tendremos que concluir que en la forma más antigua de organización social no existía el Derecho, porque hay que repetir que el poder arbitrario ilimitado no es Derecho, sino su antítesis misma.

Pero no podemos estar seguros del supuesto de que la vida social del clan no estuviese regida por nada más que el capricho arbitrario de su jefe. Hay razones psicológicas y sociológicas para creer probable que se desarrollasen en el clan ciertas *costumbres* observadas tanto por los miembros del grupo como por su jefe patriarcal. Acaso se introdujo cierto orden de sucesión que resultó satisfactorio para todas las personas interesadas y fue, por ende, aplicado con regularidad. Sancionado por la tradición se convirtió en uso establecido. O pudo una costumbre relativa a la adquisición y distribución del alimento —dictada, acaso, por la necesidad económica— haber evolucionado hasta convertirse en norma de conducta considerada como obligatoria por todos los miembros del clan, incluido el jefe. También puede una decisión tomada por el jefe de una disputa entre dos miembros del clan haberse convertido en precedente establecido, seguido por jefes posteriores, llegando a obtener gradualmente la sanción de una norma inalterable, cuya infracción sería desagradable a los dioses.

también Aristóteles, que habla del gobierno regio del miembro más anciano de la familia. Aristóteles, *Política*, trad. Welldon, lib. I, cap. 2.

¹⁸ Maine, *op. cit.*, p. 7.

Si suponemos que dentro del clan surgieron tales costumbres, tenemos que ver en ellas una forma primitiva de Derecho. Nos enfrentamos con una situación en la que el detentador del poder absoluto se siente obligado por una u otra razón, a observar ciertas reglas de conducta. Puede no haber fuerza exterior que le obligue a hacerlo; es posible que los únicos motivos que le induzcan a observar esas costumbres sea el miedo a los dioses, o a sus congéneres o, simplemente el deseo de ser respetado por éstos. Sin embargo, tales reglas consuetudinarias tienen que ser consideradas como una forma rudimentaria de Derecho, puesto que tienen el atributo más esencial de la idea de Derecho, ya que constituyen una limitación del poder mediante reglas de conducta que obligan al titular de aquél. Pero son formas meramente *rudimentarias* de Derecho: si el jefe del clan no observa esas reglas de conducta puede provocar la cólera o el descontento de los sometidos a su poder, pero no hay autoridad superior que pueda obligarle a observar esas normas. Su poder está limitado no por un medio institucional, como los tribunales o las asambleas representativas, sino meramente por la fuerza de la tradición o el miedo. El único remedio contra una infracción de esas reglas tradicionales es la actuación de los súbditos por su propia cuenta (*self-help*).

Podemos ver alguna semejanza entre el moderno Derecho internacional y tales formas primitivas del Derecho. El Derecho internacional moderno consiste principalmente en costumbres que se han ido desarrollando por el contacto entre las diferentes naciones. También aquí la autolimitación —basada en la razón o en el miedo a las represalias— es prácticamente la única garantía de su cumplimiento. No hay autoridad superior que pueda obligar a una nación soberana a

someterse a sus reglas. El Derecho internacional moderno, como el Derecho consuetudinario primitivo, tiene que ser clasificado como una forma no desarrollada de Derecho.

Es muy probable que, a consecuencia de que el clan no era una unidad aislada, sino que entró en contacto con otros clanes, se desarrollase alguna forma superior de Derecho. Ese contacto llevó con frecuencia a la lucha y a las hostilidades. Por ejemplo un daño personal infligido a un miembro del clan por un miembro de otro grupo era un *feud*, es decir, una guerra privada entre los parientes del autor del hecho y los de la víctima. Pero los clanes tenían naturalmente interés en evitar la lucha continua y la efusión ininterrumpida de sangre. Así se convirtió en costumbre zanjar el *feud* mediante la compensación. Es bastante probable que el monto de dicha compensación —el *Wergeld*— fuera primeramente determinado en forma individual para cada caso concreto. Sin embargo, más adelante los jefes de dos o más clanes vecinos fijaron de modo general las penas que había que pagar cuando el miembro de un clan era muerto o lesionado por un individuo perteneciente a otro. Se estableció una tarifa regular, graduada según la categoría de la víctima, con la intención de aplicarla a todos los casos que surgieran en el futuro.¹⁹ Aparte de las estipulaciones del *Wergeld*, los jefes de los clanes pueden haber concluido también acuerdos por los cuales se comprometieran, tanto por el presente como por el futuro, a cambiar sus hijos o las hijas de sus hijos, para evitar el matrimonio dentro de un mismo clan.²⁰ Tales acuerdos deben ser considerados como contratos, por virtud de los cuales, los jefes

¹⁹ Pollock y Maitland, *History of English Law*, 2a. ed. (1898), vol. I, p. 46; Vinogradoff, *op. cit.*, vol. I, p. 348.

²⁰ Weber, *Economía y sociedad*, ed. cit., pp. 297-306.

contratantes limitaban expresamente su poder, obligándose a sí mismos y a sus sucesores a seguir ciertas normas de conducta en sus mutuas relaciones.

En contraste con nuestra primera situación, donde la tradición y la costumbre ejercían tácitamente una influencia restrictiva sobre el poder arbitrario del jefe, nos enfrentamos aquí con una limitación *expresa* del poder. Un acuerdo que contiene una obligación, explícitamente ligante para el futuro, constituye una restricción de la voluntad del prometiende. Es una forma de Derecho superior a la mera costumbre, porque la limitación que pone al ejercicio arbitrario de la discreción es más concreta y definida. Se ha dicho a veces que en la sociedad primitiva no existía Derecho hasta que el jefe de un clan llegaba a un acuerdo con el jefe de otro.²¹ Esto puede no ser cierto, pero sí lo es que esos acuerdos expresos con estipulaciones para la conducta futura, contienen un elemento "normativo" más fuerte —es decir, una limitación más fuerte al ejercicio arbitrario del poder— que las meras costumbres. Esto es cierto, incluso aunque en los ejemplos dados arriba no haya autoridad superior que pueda hacer cumplir el contrato a cualquiera de los dos jefes, contra su voluntad. La única garantía efectiva de su cumplimiento reside en el hecho de que son dos hombres de poder aproximadamente igual, que desean evitar la lucha y la efusión de sangre entre los respectivos clanes, fundándose en que es dudoso el resultado de la lucha. En esta situación una cierta igualdad de fuerza forma la base para el establecimiento de una relación jurídica.²²

²¹ Rappoport, *Die Marxistische Rechtsauffassung* (1927), p. 35.

²² Friedrich Nietzsche hace las siguientes observaciones sobre el origen de la justicia: "La justicia tiene su origen entre poderes que son aproximadamente iguales (como comprendió

Podemos encontrar también un paralelo a esta situación en el Derecho internacional contemporáneo. Aunque esta rama del Derecho está en situación precaria en todo el mundo, su fuerza es más potente entre naciones de fuerza equivalente que entre naciones desiguales. En este último caso es demasiado grande la tentación de remplazar el Derecho por el poder. Como hemos visto, el Derecho florece sólo en una atmósfera de igualdad aproximada, y no donde el poder está distribuido desigualmente.

En la escala gradual entre poder y Derecho se llegó a un tercer peldaño más elevado cuando varios clanes formaron, por razones políticas o económicas, una especie de federación tribal. Surgió entonces el pro-

Tucídides en el terrible diálogo entre los embajadores atenienses y los enviados de Milos). Es decir, cuando no hay supremacía claramente reconocible y cuando un conflicto sería inútil y perjudicial a ambas partes, surge el pensamiento de llegar a un arreglo y a compensar las pretensiones opuestas; el carácter de *cambio* es la característica primaria de la justicia. Cada uno recibe lo que desea por suyo de allí en adelante y entrega a cambio lo que desea el otro. La justicia es, pues, recompensa y cambio, basado en la hipótesis de un grado de poder aproximadamente igual. Así originariamente la venganza pertenecía a provincia de la justicia; era un intercambio. Lo mismo la gratitud. La justicia se basa naturalmente en un punto de vista de propia consideración, juiciosa —en el egoísmo— y por tanto en la reflexión: ¿Por qué habría de perjudicarme inútilmente para no conseguir, acaso, lo que me place?" *Humano, demasiado humano*, trad. inglesa Zimmern, *Complete Works* (obras completas), ed. O. Levy (1924), vol. VI, p. 90.

Nietzsche, al comienzo de su aforismo, se refiere evidentemente al siguiente pasaje del diálogo entre los embajadores de Atenas y de Milos: "Sabéis tan bien como nosotros que, tal como va el mundo, la justicia no existe más que entre iguales en poder; que los fuertes hacen lo que quieren y los débiles sufren lo que tienen que sufrir." Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, lib. V, cap. 89.

blema de cómo reconciliar el gobierno de la totalidad de la tribu con la autoridad de los jefes de cada uno de los clanes componentes. Es probable que se estableciese una autoridad mediadora entre ellos, con la función de arbitrar las diferencias que pudieran surgir entre las unidades componentes de la federación. Esta autoridad mediadora sería la de un rey o un consejo de ancianos o sacerdotes. En el curso de su desarrollo, esta autoridad superior se convirtió en fuente de reconocimiento y aplicación judicial de ciertas reglas y costumbres. Se produjo una transición gradual del arbitraje a la plena autoridad. El gobierno tribal se convirtió en una autoridad experimentada que daba sanción oficial a las costumbres y usos que se habían desarrollado en el trato y comunicación de los clanes federados. En un principio los métodos de aplicación del Derecho eran muy imperfectos. Consistían en una mera autorización de la acción por cuenta propia o venganza privada, o en colocar fuera de la ley al infractor, es decir en la declaración de que no gozaría en lo sucesivo de las ventajas del intercambio y el trato social y que se le consideraría igual a una bestia salvaje que todo el mundo podía matar. Pero gradualmente las autoridades públicas procedieron a establecer un sistema de coacción directa en la que el individuo recalcitrante era castigado mediante la aplicación forzosa de penas públicas. En el establecimiento de tal autoridad central que obliga al cumplimiento del Derecho, se encuentran los orígenes del Estado.²³

Sin embargo, la existencia del Estado no garantiza por sí sola el imperio del Derecho. La prueba de éste

²³ Sobre la formación de federaciones tribales, bajo una autoridad común véase Vinogradoff, *op. cit.*, pp. 344-369; Weber, *Economía y sociedad*, ed. cit., pp. 322 ss.; cf. Platón, *Las leyes*, ed. inglesa Bury, libro III, cap. 2.

es el grado de Derecho concebido a los miembros de la comunidad política. Es muy probable que en la federación tribal sólo se reconociese como posibles titulares de derechos y deberes a los jefes de los clanes. Dentro del clan, la base de la organización continuó siendo el gobierno autocrático del jefe, templado acaso por la costumbre. De ahí que en la organización tribal no existiese sino una capa muy tenue de Derecho garantizado. Quedaban grandes dominios reservados a lo que podemos denominar esferas reservadas de poder. El Derecho romano antiguo constituye un ejemplo excelente de este tipo de organización social. Sólo los *patres familiae* eran reconocidos como *sui juris*, es decir como capaces de derechos y obligaciones. Los miembros de la familia eran *alieni juris*, es decir, estaban sometidos al poder arbitrario de aquél y no tenían capacidad de ser legalmente responsables.²⁴

Un paso adelante hacia el imperio del Derecho en su forma pura se logra cuando el Estado reconoce a todos o a la mayor parte de las personas como posibles titulares de derechos y deberes jurídicos. Tal ocurría en el orden feudal de la Europa medieval, pero era tan desigual la distribución de derechos y deberes que era muy grande la posibilidad de ejercicio de un poder arbitrario de los pocos sobre los muchos. Esa posibilidad estaba acrecentada por el hecho de que en la mayor parte de la Europa feudal la administración de justicia quedaba reservada a los "tribunales señoriales" que estaban controlados por el señor feudal mismo. Bajo este sistema, el reconocimiento y aplicación efectivos de los derechos de los feudatarios eran en gran parte resultado de una autolimitación y autorrestricción por parte del señor feudal.

²⁴ Véase, *supra*, Sec. 6.

Se llega a una etapa más avanzada cuando el Estado crea tribunales imparciales que reconocen en todos los miembros del Estado una igualdad formal ante la ley. Tal situación estaba en vías de lograrse bajo los regímenes absolutistas del siglo XVIII. Federico de Prusia, por ejemplo, dio a sus súbditos una considerable libertad e igualdad, pero los derechos de los ciudadanos no estaban seguros y podían ser cambiados o abolidos a voluntad del monarca. En tal orden social existían aún, en grado considerable, posibilidades de abusos de poder, aunque en algún caso particular la prudencia del gobernante pudiera evitarlos.

No basta una igualdad sustancial de derechos entre los ciudadanos para tener un sistema puro de Derecho. Es necesario también que el poder del gobierno esté limitado por algún sistema de frenos y contrapesos. La mejor garantía del imperio del Derecho es la existencia de una constitución —escrita o no— que defina y limite los poderes del gobierno y otorgue a los ciudadanos ciertos derechos fundamentales que no pueden serles fácilmente disminuidos o arrebatados. Incluso bajo tal sistema no están totalmente eliminados los peligros de un ejercicio arbitrario del poder. Habrà un órgano (parlamento o tribunal de justicia) que tenga la función de interpretar la constitución con respecto a aquellos puntos en los que es vaga o emplea un lenguaje impreciso. El remedio de este peligro no depende del Derecho mismo, sino de los hombres a los que corresponde la tarea de interpretar la constitución. Si esos hombres tienen conciencia clara del significado y de lo que implica un "gobierno con arreglo a Derecho" se habrá dado un gran paso hacia el imperio del Derecho en su forma pura.

No puede decirse que la historia presente un progreso gradual desde un imperio ilimitado del poder

hacia la realización del tipo ideal de Derecho. El desarrollo se produce más bien en forma de curvas: sistemas basados de modo predominante en el poder alternan con sistemas preponderantemente basados en el Derecho. La razón de ello estriba en que hay crisis, guerras, revoluciones y quiebras de las civilizaciones y que en épocas de crisis se produce con frecuencia el deseo apasionado de que exista un poder fuerte. Un orden político y social que establece un sistema de frenos y contrapesos y que crea garantías jurídicas efectivas de libertad individual, quiebra a veces porque no permite suficiente margen a una acción inmediata y drástica. De ahí que un "imperio de la ley" no sea necesariamente una conquista que dure eternamente; se convertirá en objeto de debate y de lucha y la continuidad de su existencia dependerá del grado en que sea capaz de pasar la prueba de las épocas turbulentas.

III. LA JUSTICIA

8. *El significado de la justicia*

EL PROBLEMA de la justicia está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana.¹ Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica.

Esta definición de la justicia puede aclararse con un ejemplo. El padre de dos muchachos les prohíbe que trepen a un árbol. Una tarde se da cuenta de que uno de ellos está sentado en la copa del árbol. Le castiga a no salir de su habitación. Pocos días después es el otro muchacho el que trepa y también es sorprendido por el padre, pero éste no le castiga. En esas circunstancias ambos muchachos tienen claramente el sentimiento de que su padre ha actuado injustamente. Como ambos hacían lo mismo, la justicia exigía que ambos recibiesen el mismo castigo.

"Tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual", es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia. Pero este mandamiento implica también que hombres y situaciones

¹ De acuerdo: Husserl, "Justice" (1937), *International Journal of Ethics*, vol. 47, pp. 271 ss.; Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, 6a. ed. (1929), p. 37; Mackenzie, *Outlines of Social Philosophy* (1918), p. 177; Ward, *Applied Sociology* (1906), p. 22; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed. (1932), p. 72. [Hay trad. española de José Medina Echavarría, Madrid, 1933.]

desiguales sean tratados desigualmente. Por ejemplo, un juez que condena a la misma pena a dos hombres que han cometido infracciones de magnitud y gravedad muy distintas puede ser tan injusto como un juez que castiga de modo diferente a dos hombres que han cometido el mismo delito en condiciones y circunstancias casi idénticas.

Describir la justicia como el trato igual de los iguales es dar una definición de carácter muy general. Deja planteada la pregunta de qué personas han de ser consideradas como iguales y en qué circunstancias ha de considerarse que sus actos merecen igual trato. La pregunta será contestada de modo distinto por diferentes hombres, por diferentes naciones y en las distintas épocas de la historia. En sentido estricto y absoluto apenas existe la igualdad en la naturaleza y en la vida humana. No hay dos personas que piensen, se comporten y actúen de idéntica manera. No hay dos situaciones totalmente parejas. El término igualdad denota siempre una igualdad aproximada. "La igualdad es siempre una abstracción, desde un punto de vista determinado, de una desigualdad dada" —dice Radbruch.²

Cuando dos personas o cosas son consideradas como iguales se estima insignificante e inesencial alguna diferencia existente entre ellas. Sin embargo, la cuestión de si alguna diferencia real debe o no estimarse como insignificante e irrelevante, puede ser motivo de controversia y de diferencia de opinión. En la Alemania de Hitler no se permite a una persona de origen judío conducir un automóvil o pasear por las calles principales de una ciudad. En la mayor parte de los países se estima que es un factor totalmente irrelevante con

² Radbruch, *loc. cit.*

respecto a la conducción de automóviles o al tránsito por las calles principales, la diferencia entre un judío y uno que no lo es. En Alemania el actual gobierno considera que esa diferencia es tan esencial y fundamental como para justificar toda clase de discriminaciones contra los judíos. Tomemos otro ejemplo: En una democracia como los Estados Unidos las mujeres tienen actualmente derecho al voto. En la Francia democrática,* ni siquiera hoy se reconoce a las mujeres el derecho al sufragio. Aunque el país acepta, de modo general el principio de igualdad ante la ley, la diferencia de sexos se considera tan esencial que justifica un trato desigual de hombres y mujeres con respecto al sufragio. La misma opinión prevalecía en Norteamérica hasta que se adoptó la Enmienda XIX a la Constitución federal. Estos ejemplos muestran que el juicio acerca de si el Derecho debe hacer discriminaciones respecto a ciertas personas o grupos, puede variar en diferentes naciones y en diferentes épocas de la historia. En una aristocracia el hecho del nacimiento puede dar a una persona derecho a ciertos privilegios que una democracia considera injustos. "Todos los hombres son creados iguales", dice la Declaración de Independencia Norteamericana, atacando con ello la idea feudal de que la diferencia de nacimiento justifica una diferencia de *status* jurídico. Por otro lado, el sistema social de los Estados Unidos, en su estructura y funcionamiento reales, admite una diferencia económica y privilegios basados en la propiedad y las riquezas. Los socialistas modernos pugnan contra esas diferenciaciones. Piden que la igualdad política tenga el complemento de la igualdad económica y que se

* La edición inglesa de este libro es anterior al hundimiento de la Tercera República [T.].

eliminen las diferencias existentes entre los hombres por motivos de desigualdad en la riqueza.

En todos estos casos hay controversia respecto al grado de igualdad o desigualdad que debe existir en una sociedad humana. Hay pocas personas que niegan que los individuos difieren grandemente entre sí en cuanto a inteligencia, energía, perseverancia, habilidad y fuerza física. Pero con respecto a la cuestión de si esa igualdad natural justifica un trato desigual en los aspectos sociales, las opiniones difieren en gran medida. Algunas personas creen que esa desigualdad humana es una ley suprema y eterna de la naturaleza, que ningún gobierno debe menospreciar. Otros están convencidos de que la desigualdad humana es producto de un sistema social y económico equivocado e injusto y que con su remoción desaparecería la desigualdad humana. Para definir el concepto de justicia hay que dejar de lado estas diferencias de opinión. Un defensor de la aristocracia y un adepto de la democracia pensarán de modo muy diverso en cuanto al grado de abstracción de la desigualdad natural que esté justificado en interés de una vida social ordenada; pero esta diferencia de opinión no afecta a la determinación general de la noción de justicia. El filósofo alemán Friedrich Nietzsche —defensor de una posición aristocrática—, creía que la desigualdad natural entre los hombres debía encontrar reconocimiento en el orden político y social. "Igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales —ese sería el discurso real de la justicia—; y de ahí se sigue que no debéis hacer nunca iguales las cosas desiguales."³ Por

³ Nietzsche, *The Twilight of the Idols*, trad. inglesa de Ludovici, *Complete Works* (obras completas), ed. O. Levy (1924), vol. XVI, p. 109. La traducción ha sido ligeramente alterada. [Hay trad. española, *El ocaso de los ídolos*.]

su parte el sociólogo norteamericano Lester F. Ward creía que en el orden político y social, la desigualdad natural de los hombres debía ser, en lo posible, mitigada o eliminada. "La verdadera definición de la justicia es la imposición por la sociedad de una igualdad artificial en las condiciones sociales, que son naturalmente desiguales."⁴ Aparentemente Ward iría mucho más lejos que Nietzsche en no tomar en cuenta la desigualdad natural. Pero los puntos de vista radicalmente opuestos de estos dos hombres con respecto a la realización práctica de la justicia no impiden que ambos estén de acuerdo en la idea general de justicia. Ambos admiten que la justicia es la realización de la igualdad. Ambos se dan cuenta de que la injusticia consiste en el trato arbitrario y caprichoso dado a personas y grupos que, según los sentimientos dominantes de la comunidad o la época de que se trate, deben ser tratados en forma análoga. Ambos saben que la justicia exige el reconocimiento de un patrón objetivo de igualdad. Donde discrepan es en el tipo de patrón con arreglo al cual haya de medirse la igualdad. En ese punto no se logrará nunca una duradera unanimidad de opinión entre todos los hombres. Es principalmente esta cuestión la que provoca las fricciones, luchas de clase, revoluciones y guerras entre los hombres. Mientras el mundo conserve su carácter dinámico y eternamente cambiante, los hombres discreparán en cuanto a los principios e ideales mediante los cuales haya de realizarse la justicia en la vida social humana.

⁴ Ward, *loc. cit.*

9. El ideal de justicia de Platón

Si partimos del supuesto de que habrá siempre diferencias y desigualdades naturales entre los hombres, es posible constituir un orden social que tome decididamente en cuenta esas diferencias y desigualdades y haga de ellas la piedra angular del edificio social. Un orden social de este tipo es el que contemplaba Platón en su *República* ideal. Platón estaba profundamente convencido de la desigualdad natural de los hombres a la que consideraba como una justificación de la existencia y reconocimiento de las clases sociales. Exclamaba:

Ciudadanos: sois hermanos, pero el dios que os ha formado os ha hecho de modo distinto: ha hecho entrar oro en la composición de los más capaces de mandar, que son los de más valía. Ha mezclado plata en la composición de los auxiliares; hierro y bronce en la de los labradores y artesanos. Por lo general engendraréis hijos semejantes a vosotros.⁵

Los hombres en cuya composición entraba el oro habían de ser los gobernantes de la república ideal de Platón; dotados de poder absoluto, habían de dirigir el Estado como filósofos-reyes. Los hombres de plata serían guardianes cuya función consistiría en asistir a los gobernantes en el cumplimiento de sus funciones y defender al Estado contra sus enemigos. Los hombres de bronce y hierro habrían de ser agricultores, artesanos y comerciantes; formarían la tercera y más amplia de las clases: la clase económica o productora. Con objeto de poder dedicar toda su energía al cumplimiento de sus deberes públicos, los miembros de

⁵ Platón, *La república*, trad. inglesa Jowett, libro III, 415.

las dos primeras clases habían de renunciar a la vida de familia y a la propiedad privada. A los miembros de la tercera clase se les permitiría formar familias y conservar la propiedad privada, bajo una supervisión estricta del gobierno.

Cada clase, dice Platón, debe confinar su actividad estrictamente al desempeño de sus funciones específicas. Tiene que prevalecer en la República una estricta división del trabajo entre las clases. Cualquier interferencia de una clase en otra, cualquier invasión por parte de un miembro de una clase de las funciones de otra, la considera Platón como mal muy grave. El gobernante, el guardián, el labrador, el artesano, tienen todos ellos que ser fieles a su destino y no interferir con las ocupaciones de ninguna de las demás clases. Esto es, para Platón, la esencia de la justicia social. "Realizar su propia función podría ser, en cierto modo, la justicia", dice.⁶ Cada hombre debe practicar una sola cosa: aquella para la cual está mejor adaptada su naturaleza. Dicho de otro modo, la justicia social en la República de Platón consiste en que cada ciudadano realice plenamente las funciones específicas que le han sido asignadas en vista de sus capacidades y cualificaciones. "A sus ojos [los de Platón] —dice Barker— la justicia significa que un hombre debe realizar su tarea en la situación vital a que le ha destinado su capacidad."⁷ La idea subyacente en esta concepción es colectivista. Es la idea de que un individuo no es un ser aislado, libre de hacer lo que quicra, sino parte de un orden universal. Según Platón el individuo tiene que subordinar sus deseos subjetivos de engran-

⁶ *Ibid.*, libro IV, 433.

⁷ Barker, *Greek Political Theory: Plato and his Predecessors* (1918), p. 149.

decimiento a la unidad orgánica y la armonía del conjunto. En su opinión el mejor arreglo de la sociedad es aquel en que cada individuo está colocado en la situación para la que está mejor dotado y se ve obligado a realizar adecuadamente sus funciones en el lugar que se le ha asignado. Más adelante veremos cómo afecta al problema del Derecho esta concepción platónica de la sociedad y la justicia.

10. *El concepto aristotélico de justicia*

En la República ideal de Platón, el dispensador de la justicia es un gobierno autocrático. Su discípulo Aristóteles percibió los peligros inherentes a la estructura del Estado platónico. Se dio cuenta de que un régimen absoluto puede degradarse fácilmente, convirtiéndose en régimen de arbitrariedad y capricho. El gobierno de un hombre o de una oligarquía —dijo— estará influido siempre por la parcialidad, la pasión y la emoción. Las autoridades gobernantes tienen el hábito de actuar en muchos asuntos por motivos personales y favoritismo. El remedio contra este peligro inherente al gobierno de los hombres es —a su juicio— el gobierno de las leyes. “La ley es la razón sin apetitos”;⁸ representa la razón libre de parcialidad y está ordinariamente inmune frente a las influencias emocionales. Aristóteles admite que el Derecho, dada la generalidad y lo abstracto de sus reglas, puede en casos concretos conseguir sólo una justicia incompleta. Un filósofo-rey prudente, según el modelo platónico, puede, en ciertas circunstancias, ser mejor dispensador de justicia que un código que limite necesaria-

⁸ Aristóteles, *Política*, trad. inglesa Welldon, lib. III, cap. 16.

mente la discreción flexible del juez. Pero Aristóteles sabe cuán raros son los hombres del tipo del filósofo-rey. De ahí que en circunstancias ordinarias prefiera el imperio de la ley a un gobierno de los hombres.

Son las leyes, si están bien formadas, las que deben ser superiores y el magistrado o magistrados deben estar autorizados para determinar únicamente aquellos asuntos en que, por la dificultad de hacer una declaración general para todos los casos, es imposible que las leyes determinen exactamente.⁹

En opinión de Aristóteles, la justicia exige que "los iguales sean tratados de igual manera".¹⁰ Ello significa que los bienes de este mundo deben ser distribuidos siempre entre los ciudadanos proporcionalmente al mérito; significa también que el Derecho debe mantener esta justa distribución de bienes contra toda clase de violaciones. Correspondiendo esta doble función a la justicia, hay, según Aristóteles, dos clases de justicia. Denomina a la primera justicia distributiva. Corresponde al legislador y consiste en asignar derechos públicos y privados a los ciudadanos, conforme al principio de igualdad. Cada individuo debe recibir lo que se le debe por virtud de su contribución al bien común. Deben darse cosas iguales a los iguales y cosas desiguales a personas desiguales, midiendo a todas las personas con arreglo a su mérito. La igualdad lograda por la justicia distributiva es, así, una igualdad relativa, proporcionada, no absoluta.¹¹

La segunda especie de justicia es la retributiva o correctiva. Suponiendo que se ha hecho una distribu-

⁹ *Ibid.*, lib. III, cap. 11.

¹⁰ Aristóteles, *Política*, lib. III, cap. 12.

¹¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. inglesa Welldon, lib. V, cap. 6.

ción de derechos, recompensas y cargos entre los ciudadanos por vía legislativa, es función del Derecho garantizar, proteger y mantener la distribución realizada contra posibles ataques ilegales. Esta función correctiva del Derecho es administrada por el juez. Si un miembro de la comunidad ha invadido los derechos o la propiedad de otro, la justicia retributiva restaura el *statu quo* devolviendo al perjudicado lo que le pertenecía o compensándole su pérdida. Por ejemplo, si un hombre ha recibido por un acto ilegal o in-moral, más de lo que se le debía, puede privársele de la ganancia indebida. Así pues, la justicia correctiva garantiza la esfera legal de cada ciudadano contra las violaciones injustas por parte de otro.¹²

La justicia distributiva, lo mismo que la correctiva, aspira al mantenimiento de una justa proporción en la vida social de la comunidad. En opinión de Aristóteles la justicia es esencialmente "una especie de proporción", "un término medio entre dos extremos, a saber exceso y defecto".¹³ El significado de esta afirmación no es enteramente claro. Aristóteles parece querer decir que la justicia distributiva es un término medio entre la desigualdad arbitraria, tal como la establecería la ley de la selva y la igualdad esquemática, absoluta, que no reconoce mérito ni logro superior; la justicia correctiva es para él aparentemente un término medio entre ganancia y pérdida en las transacciones privadas, una restauración de un equilibrio justo que deshaga las consecuencias de un acto ilegal o incorrecto.¹⁴ Esta definición de la justicia como un

¹² *Ibid.*, cap. 7.

¹³ *Ibid.*, cap. 6.

¹⁴ Como dice Aristóteles, la justicia correctiva exige que "las partes de una transacción tengan la misma cantidad después de ella que antes". *Ibid.*, cap. 7.

“término medio”, como una “proporción” es una importante contribución de Aristóteles a la teoría general del Derecho, aunque lo que va implícito en esa definición y sus ramificaciones no pudiese ser plenamente elaborado en su época. La historia no había proporcionado aún el material necesario.

11. Justicia por medio del poder y justicia por medio del Derecho

Una comparación entre los ideales de justicia platónico y aristotélico nos revela que, teóricamente al menos, la justicia puede ser realizada de dos modos distintos. Puede ser impartida mediante el poder o mediante el Derecho.

La idea de la justicia de Platón sólo puede realizarse en un Estado autoritario. Para asegurar que todo hombre se mantiene dentro de los límites y deberes de su propia clase y que realiza exactamente el tipo de trabajo adaptado a su talento y capacidad específicos, el control del Estado tiene que estar en manos de una autoridad prudente y omnisciente. En la República de Platón la autodeterminación del individuo está estrictamente limitada. El lugar que ocupa el ciudadano en la vida social se le señala desde arriba. Platón no reconoce ningún “derecho” del individuo. Reconoce únicamente deberes éticos y sociales. Las autoridades públicas están encargadas de la tarea de apreciar la capacidad y habilidad de cada individuo y ponerle en el lugar para el que es más adecuado. El individuo tiene que permanecer en él y cumplir los deberes y obligaciones para con la comunidad que el cargo le impone.

Un orden social de este tipo habría de tener especial cuidado de que las personas de igual capacidad y

mérito ocupasen el mismo puesto en la vida. En caso contrario se extendería por toda la comunidad un sentimiento general de favoritismo arbitrario y de injusticia. Y precisamente en este punto surge el obstáculo: es muy difícil conocer y juzgar las cualidades de una persona. El individuo puede ser mejor juez de su propia vocación, incluso aunque tenga sus dudas, que cualquier magistrado público. En la República de Platón los magistrados se encargan de la tarea sobrehumana de determinar autoritariamente lo que vale cada persona para la comunidad y la función que debe asignársele. Tienen que descubrir si vale como "oro", "plata" o meramente como "bronce y hierro" y colocarle, en consecuencia, en la clase apropiada. Platón dice:

Dios ordena a los magistrados, como primer principio y por encima de todo, que vigilen y observen atentamente a los niños, buscando cuál es el metal que ha entrado en su composición. Si el hijo de un padre perteneciente a una de las dos primeras clases tiene mezcla de bronce y hierro, la naturaleza ordena un trastruque de rangos y el ojo del magistrado no debe tener compasión para con el niño si tiene que descender la escala y ser labrador o artesano, así como puede haber hijos de artesanos que teniendo mezcla de oro y plata deben ser honrados elevándoles al rango de guardianes o auxiliares, porque un oráculo afirma que la *polis* perecerá cuando la guarden el hierro o el bronce.¹⁵

Pero ¿no podrán los gobernantes cometer equivocaciones peligrosas en la valoración de sus súbditos? ¿Hay criterios infalibles para determinar la vocación futura de un niño o un joven? Y en caso de haberlos ¿no serían con frecuencia las autoridades culpables de juicios equivocados, teniendo en cuenta especial-

¹⁵ *Op. cit.*, lib. III, 415.

mente que no pueden conocer de modo íntimo a cada uno de sus súbditos? Que una persona haga una mala elección por propia voluntad es cosa deplorable; pero que se obligue a una persona, contra su voluntad, a seguir una ocupación equivocada y que no pueda abandonarla es motivo de suprema conmiseración.

El peligro de que se cometan injusticias y actos arbitrarios por parte de los magistrados es, en verdad, muy grande en la República platónica.¹⁶ La razón es que, en la República de Platón, la justicia no se administra según reglas fijas y generales. Platón no intenta realizar la justicia mediante el Derecho, sino mediante el ejercicio del poder. Es hostil al Derecho porque no cree que sea suficientemente flexible para hacer frente a las múltiples y variadas exigencias de la vida. Sus filósofos-reyes y sus guardianes no están sujetos a ninguna limitación, porque las limitaciones comportan una cierta rigidez en la administración de justicia.

Indudablemente lo ideal sería un ejercicio de la justicia que tomase en cuenta todas las circunstancias especiales de cada caso particular. Pero ese ideal exigiría dos cosas: Primero una fuerte centralización de la justicia, porque las situaciones similares o iguales tienen que ser tratadas con arreglo a algún patrón común. Si no es posible conseguir mediante reglas jurídicas este patrón común que garantice la unidad y la universalidad de la justicia, habrá que lograrlo centralizando, al menos, la justicia en una sola mano —la del

¹⁶ El gran problema es el de *Quis custodiet custodes?* ¿Quién vigila a los vigilantes?

El propio Platón se dio cuenta de esta dificultad después del fracaso de su intento de establecer en Sicilia una república conforme al modelo de su obra. En una obra posterior —Las Leyes— expone un segundo modelo de Estado en el que se presta mayor atención a la naturaleza humana real.

gobernante individual o el cuerpo gobernante. En un Estado moderno sería difícil conseguir esa centralización. En segundo lugar la administración de justicia de la República platónica exigiría una máxima prudencia y una extrema autorrestricción por parte de los magistrados. En otro caso el capricho, los movimientos de humor y las preferencias personales ganarían la precedencia sobre las consideraciones razonables y objetivas. Tal como está constituida la naturaleza humana, el peligro de la discriminación y el favoritismo arbitrarios sería casi imposible de salvar bajo el régimen personal del Estado platónico. Este Estado fue planeado como encarnación suprema de la idea de justicia. Pero de no tener como gobernantes y guardianes individuos perfectos, dotados de cualidades casi sobrehumanas, se convertiría fácilmente en el Estado de la suprema arbitrariedad e injusticia.

Un Estado en el que se diese libre curso al *laissez-faire* formaría el contraste más extremo con la República platónica. En tal Estado todo el mundo sería libre de seguir la vocación que le gustase y de utilizar y desarrollar su capacidad específica sin intervención del gobierno. Tal sociedad funcionaría con base en el principio de que debe darse a todo individuo una oportunidad igual para demostrar sus talentos y ponerlos al servicio de la comunidad. El ideal de justicia de esta sociedad basada en el *laissez-faire* sería análogo a la fórmula que de la justicia daba Spencer: "Todo hombre es libre de hacer lo que quiera, con tal que no infrinja la libertad igual de cualquier otro hombre."¹⁷ Los peligros inherentes a esta forma de sociedad tienen un triple carácter: En primer lugar en una sociedad ba-

¹⁷ Spencer, *Justice* (1891), p. 46; véase, *infra*, Sec. 49. [Trad. española, *La justicia*, La España Moderna, Madrid, s. a.]

sada en el *laissez-faire* no son siempre los hombres de más talento, sino a menudo los de menos escrúpulos, los que trepan a la cumbre de la escala social. En segundo término, incluso aunque al comienzo de tal sociedad la posición social de cada hombre esté principalmente determinada por sus méritos, al cabo de unas cuantas generaciones la sociedad se habrá estratificado hasta cierto punto. El hijo de un millonario y el de un labrador no tendrán ya las mismas oportunidades de desplegar sus respectivas capacidades. Y tercero, un sistema de *laissez-faire* sin límites confronta el peligro de la anarquía en la misma extensión en que el Estado autoritario de Platón se ve amenazado por el riesgo del despotismo.

El concepto aristotélico de justicia trata de evitar los peligros del poder absoluto y de la libertad sin frenos. Aristóteles percibió claramente que para que en una sociedad pueda prevalecer el Derecho, hay que mantener un equilibrio saludable entre libertad y autoridad. El individuo tiene que disponer de una esfera de derechos dentro de la cual pueda desarrollar su personalidad y talentos, pero la sociedad organizada tiene que tratar de conseguir que todas las personas lleguen a los puestos adecuados para ellas; no puede dejar este problema totalmente al azar y al libre juego de las fuerzas sociales. La tarea de la justicia distributiva —es decir, de la legislación— es proveer a una justa asignación y distribución de derechos y poderes entre los ciudadanos. Esta asignación de derechos y poderes —mantiene Aristóteles— no debe dejarse a la discreción personal de las autoridades gobernantes. Debe lograrse mediante la promulgación de reglas jurídicas generales.

Aristóteles expuso por primera vez en la historia los requisitos fundamentales para una administración

de justicia por medio del Derecho. Advirtió contra los peligros de dispensar justicia mediante el poder. Si la justicia es el trato igual a los iguales, hay que establecer algún patrón general para medir la igualdad. Para evitar discriminaciones arbitrarias hay que establecer ese patrón, promulgando normas jurídicas generales. Aristóteles admite que hay que dejar ciertas materias a la discreción individual de los magistrados. Pero la petición de una total y completa "individualización de la justicia" que se formula en la actualidad en algunos sectores, habría encontrado su total desaprobación. La "justicia sin Derecho" podría funcionar si gobernantes y jueces fuesen hombres perfectos. Como no lo son, sus poderes para decidir acerca del destino de sus congéneres deben estar sujetos a limitaciones legales.

IV. EL DERECHO Y EL ESTADO

12. *Las distintas teorías*

HAY POCOS problemas en la ciencia del Derecho que hayan producido tanta controversia como el de la relación entre Derecho y Estado. Este problema se ha planteado en forma general, abstracta y teórica. Se ha preguntado si el Estado era algo superior al Derecho o si el Derecho era superior al Estado o si ambos constituían dos aspectos distintos de la misma cosa. Estas preguntas representan tres teorías principales acerca de la relación entre el Derecho y el Estado.

Según la primera teoría, el Estado se encuentra por encima del Derecho y es superior a él. Esta teoría la desarrolló en forma rigurosa y coherente John Austin. En su opinión el Derecho no era otra cosa sino el mandato del soberano.¹ En toda sociedad —decía Austin— hay alguna persona individual o grupo de personas que recibe habitualmente la obediencia de los miembros de la sociedad. Esa persona —o combinación de

¹ Austin estaba influido por Hobbes y Bentham, que defendieron también una teoría imperativa del Derecho. Cf. Hobbes, *Leviatán*, parte II, cap. 26. "Es evidente que la ley general no es consejo, sino orden" [ed. española, p. 271]. Véase también, Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nueva ed. (1876), p. 330. "Todo Derecho, si es completo, es o bien de naturaleza coactiva o bien de naturaleza no coactiva. Una ley coactiva es un mandato. Una ley no coactiva o más bien 'descoactiva' (*discoercive*) es la revocación, en todo o en parte, de una ley coactiva." Sobre Hobbes y Bentham, véase, *infra*, Secs. 24, 52.

personas— siempre que no obedezca, a su vez, habitualmente a otro superior, es el soberano de esa sociedad. La posición de los otros miembros de la sociedad respecto a ese superior es de sujeción. El soberano tiene el poder de obligar a los otros miembros de la comunidad a hacer exactamente lo que le plazca. Es el creador único del Derecho.

Todo Derecho positivo, o simplemente todo Derecho, en sentido estricto, es establecido directa o indirectamente por una persona o cuerpo soberano, para un miembro o miembros de la sociedad independiente donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo.²

El poder soberano no está obligado por la ley que él mismo establece.³ De estarlo no sería soberano; la

² Austin, *Lecture on Jurisprudence* (4a. ed., 1870), ed. por Campbell, vol. I, p. 270. Cf. también vol. II, p. 526: "Directa o indirectamente el soberano, o legislador supremo, es el autor de todo Derecho; y todas las leyes derivadas de la misma fuente."

De modo análogo Jhering expresaba la opinión de que el Estado es la única fuente de Derecho. *El fin en el Derecho* [ed. española, trad. de Leonardo Rodríguez, Madrid, s. a.]. Ed. inglesa Husik, *Law as a Means to an End* (1913), p. 329. Véase, *infra*, Sec. 52.

Véase también, Holland, *Elements of Jurisprudence*, 13a. ed. (1924), p. 51, donde se expresa la misma opinión.

³ Hobbes, *op. cit.*, parte II, cap. 26. "El soberano de un Estado, ya sea una Asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa sujeción derogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente era libre desde antes."

Bentham dice: "No puede decirse que la autoridad del cuerpo supremo, a menos que esté limitada por alguna convención expresa, tenga límites determinados y ciertos. Es decir, no hay acto que no pueda hacer: hablar de alguna cosa suya como legal o nula, hablar de que excede su autoridad, su poder, su derecho, por habitual que sea, es un abuso de las palabras." (*A Fragment on Government*, ed. Montague [1891], p. 218.)

esencia de la soberanía consiste en no ser susceptible de limitaciones jurídicas. "El poder supremo limitado por el Derecho positivo es una palpable contradicción en los términos."⁴ El poder soberano puede derogar a su placer las leyes por él promulgadas. Incluso aunque no las derogue, el soberano no está constreñido a observarlas por ninguna sanción legal o política.

Las leyes que los soberanos se imponen aparentemente a sí mismos, o las leyes que los soberanos imponen aparentemente a sus sucesores, son meros principios o máximas que adoptan como guías o que recomiendan a sus sucesores en el poder soberano. No es antijurídico que el soberano —o el Estado— se aparte de una ley del tipo de la que se trate.⁵

Esto es aplicable incluso al Derecho constitucional. Frente al soberano las disposiciones de una constitución son meras reglas de moralidad positiva. Un acto del soberano que viola la constitución puede ser calificado de *inconstitucional*, pero como no es una infracción del Derecho en sentido estricto, no puede ser calificado de *antijurídico* (*ilegal*). *Princeps legibus solutus est* —el gobernante supremo está libre de las restricciones de la ley.

Diametralmente opuestas a la doctrina austiniana del Estado son aquellas teorías que tratan de establecer y demostrar la superioridad del Derecho sobre el poder del Estado. La opinión que coloca al Derecho por encima del Estado se ha presentado sobre todo, en las doctrinas jusnaturalistas.⁶ En La Edad Media se

⁴ Austin, *op. cit.*, vol. I, p. 270. Sobre Austin, véase también, *infra*, Sec. 53.

⁵ *Ibid.*, p. 271; cf. también, pp. 274, 283.

⁶ En la Parte siguiente de este libro se hace una historia de las doctrinas jusnaturalistas.

sostenía que las normas fundamentales del Derecho derivaban de una fuente divina y debían ser consideradas como obligatorias para el poder terreno del Estado. Filósofos eminentes como Grocio, Pufendorf, Locke y Wolff defendieron en los siglos xvii y xviii la opinión de que existían normas eternas de Derecho y Justicia, superiores a los gobernantes de los Estados y obligatorias para ellos. En el siglo xx han sostenido —entre otros— la doctrina de que el Estado se encuentra sujeto a la autoridad del Derecho, el escritor holandés Hugo Krabbe y el jurista francés Léon Duguit.

Según Krabbe, la idea moderna del Estado reconoce la autoridad impersonal del Derecho como poder gobernante de la vida social humana. No es la voluntad del soberano, sino la convicción jurídica del pueblo la que da fuerza obligatoria al Derecho positivo. Ningún Derecho puede ser válido si no es conforme al sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*) que prevalece en la comunidad.⁷ El sentido jurídico del pueblo es la única fuente de todo Derecho. Una ley que continúe figurando en la colección legislativa, a pesar de que haya cambiado el sentido jurídico del pueblo, pierde su fuerza obligatoria. Los procedimientos democráti-

⁷ Krabbe, *The Modern Idea of the State*, trad. inglesa Sabine y Shepard (1929), pp. 7, 47.

Krabbe niega en un pasaje de su obra que, según su teoría, el Derecho sea superior al poder del Estado. Dice: "La autoridad inherente al Estado y la autoridad del Derecho son idénticas" (*ibid.*, p. 2). Por otra parte, Krabbe admite la posibilidad de que el legislativo pueda aprobar normas que violen el sentimiento jurídico del pueblo; considera como no válidas tales normas (*ibid.*, p. 47). Es decir, considera evidentemente al Derecho como fuerza superior al poder del Estado. Para una interpretación correcta de la doctrina de Krabbe, véase Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2a. ed. (1928), pp. 184-191; Vinogradoff, "The Juridical Nature of the State" en sus *Collected Papers* (1928), vol. 11, p. 359.

cos que se practican en los Estados modernos son, sin embargo, una garantía de que el sentimiento jurídico de la comunidad, expresado en el voto de la mayoría, se impondrá siempre. La humanidad en su continuo avance eliminará finalmente los últimos vestigios de soberanía estatal en la vida internacional, logrando con ello la victoria incondicional de la soberanía del Derecho.⁸

Duguit, como Krabbe, atacó el concepto tradicional de la soberanía estatal. Suponía la existencia de una "regla jurídica" suprema, que está por encima del Estado y limita el poder de sus funcionarios. El contenido y finalidad de esta regla jurídica están determinados por los postulados de la "solidaridad social". Comprende y sanciona todas las medidas que son necesarias para asegurar la continuidad de los servicios públicos ofrecidos por el Estado. La actividad del Estado —arguía Duguit— aumentará y se ampliará en el futuro, pero decrecerá el poder del gobierno, porque estará limitado por la regla jurídica.⁹

Una tercera opinión niega la validez del antagonismo entre "soberanía del Estado" y "soberanía del Derecho". En opinión de Vinogradoff, Estado y Derecho son dos aspectos de la misma cosa.

El Derecho [afirma] es la regulación de la sociedad considerada como el conjunto de sus normas; el Estado es la organización de la sociedad considerada como el instrumento personal responsable de su organización (*the organization of society considered as the personal agen-*

⁸ Krabbe, *op. cit.*, pp. 11, 274.

⁹ Duguit, *Les transformations du Droit Public*. Trad. inglesa de H. y F. Laski, *Law in the Modern State* (1919), p. 51. [Hay trad. española de A. Posada y A. Jaén, Madrid, 1913.]

Sobre Duguit, véase también, *infra*, Sec. 32.

cy responsible for its organization). Es, pues, fútil preguntar quién está encima y quién debajo, como sería fútil discutir si el contenido es superior a la forma o la forma al contenido.¹⁰

Una opinión semejante es la que sostuvo Bentley.¹¹ La teoría de que Estado y Derecho son la misma cosa la ha llevado a su forma más extrema Hans Kelsen.¹² En su opinión Derecho y Estado no son meramente dos aspectos o lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reservas idénticos. Todo acto del Estado es la vez acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición del Derecho.¹³ No supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, que sea Estado de poder o Estado de Derecho. Todo Estado, según Kelsen, tiene que ser Estado de Derecho.¹⁴ El poder del Estado es meramente la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad dada; lo mismo es el Derecho. Según Kelsen es algo totalmente injustificado hablar de un dualismo entre Estado y Derecho.

¹⁰ Vinogradoff, *op. cit.*, p. 360.

¹¹ Bentley, *The Process of Government* (1908), p. 272: "El Derecho acompaña al gobierno en cada pulgada de su camino. No son dos cosas diferentes, sino una sola y misma cosa. No podemos ver el Derecho como una resultante del gobierno. Tenemos más bien que decir que es el gobierno —el mismo fenómeno—, sólo que visto desde otro ángulo. Cuando hablamos del gobierno subrayamos la influencia, la presión que se ejerce por un grupo sobre otro. Cuando hablamos de Derecho no pensamos en la influencia o en la presión en cuanto proceso, sino en el *status* de las actividades, dando por supuesto que las presiones han logrado llegar a una conclusión o un equilibrio."

¹² Véase un estudio crítico de la teoría del Derecho de Kelsen, *infra*, Secs. 54-55.

¹³ Kelsen, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴ *Ibid.*, p. 191.

13. *Crítica de estas teorías*

Ninguna de las teorías expuestas en la sección anterior parece totalmente aceptable. Es enteramente injustificable analizar la relación entre Estado y Derecho de modo general, abstracto y teórico. La solución de este problema depende enteramente de la forma de gobierno que ha adoptado un Estado determinado y del modo como esa forma de gobierno, en su funcionamiento efectivo, afecta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Hay Estados en los cuales las relaciones entre la comunidad política y los ciudadanos están determinados por el Derecho. Hay Estados en los cuales las relaciones entre la comunidad política y los ciudadanos están determinadas por el poder. Hay también Estados en los que las relaciones entre la comunidad política y sus miembros están determinadas por una mezcla de poder y Derecho.

Si en un determinado Estado el gobierno está sometido a un sistema de frenos y contrapesos; si se ha creado cierta división de poderes; si hay una constitución que garantiza a los ciudadanos ciertos derechos básicos; si los tribunales reconocen ciertos principios jurídicos fundamentales que ningún funcionario gubernamental puede violar en el ejercicio de sus funciones —en tal caso nos inclinaremos a decir que en ese Estado particular el poder soberano está sometido al Derecho.

Si, por el contrario, existe en un Estado un gobierno central fuerte, prácticamente ilimitado en su poder; si las funciones legislativa y ejecutiva están fundidas en manos de ese gobierno; si los tribunales de justicia son servidores del gobierno y dependen de él; si se puede modificar la ley por un simple decreto del gobierno, sin cooperación de ningún cuerpo representativo;

si los ciudadanos no tienen derechos y libertades básicos que el gobierno esté obligado a respetar —en tal caso nos inclinaremos a decir que en ese Estado particular, el poder soberano está por encima del Derecho y no está ligado por ninguna limitación jurídica.

El problema de la relación entre Estado y Derecho coincide, según esta opinión, con el poder y Derecho. Lo que determina la relación entre Estado y Derecho en una comunidad política dada es el grado en que está limitado el poder gubernamental. Hay Estados en los que poco o ningún Derecho existe.¹⁵ La afirmación de Krabbe de que en nuestra época la idea de la soberanía del Derecho ha derrotado a la idea de la soberanía del Estado, carece totalmente de fundamento. La lucha ideológica entre el “Estado de poder” y el “Estado de Derecho” no ha sido nunca tan intensa como es hoy en ningún periodo de la historia; y el resultado es aún incierto.

El régimen de Derecho que prevalece en el Estado de Derecho no se funda ni el “sentimiento jurídico de la comunidad” de que habla Krabbe, ni en el concep-

¹⁵ Gierke ha subrayado con razón que Derecho y Estado son dos fenómenos separados y que ni el Derecho ha surgido del Estado ni el Estado del Derecho (*Deutsches Privatrecht*, vol. 1, 1895, p. 118). Véase también Gierke, *The Development of Political Theory*, trad. inglesa Freyd (1939), p. 329.

Jellinek, a quien se ha presentado erróneamente como austriaco, se daba cuenta del hecho de que la relación entre Estado y Derecho es un problema histórico (*Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., 1912, pp. 364 ss.) [Hay trad. española, *Teoría general del Estado*, de Fernando de los Ríos, Madrid, 1914-1915, agotada hace mucho tiempo. Hay también una trad. francesa de Fardis, *L'Etat moderne et son droit*, París, 1911-1913.] Su famosa doctrina de que la fuerza del Derecho se basa en la autolimitación del Estado se refiere sólo al moderno Estado constitucional. Sobre la doctrina de la autolimitación, véase Jellinek, *op. cit.*, pp. 367 ss. Cohen, *Recent Theories of Sovereignty* (1937), pp. 18 ss.

to de "solidaridad social" de Duguit. Ambas nociones son esencialmente arbitrarias y carentes de significado. En ningún Estado ha habido nunca un acuerdo sustancial de todos los grupos, clases e individuos acerca de los postulados de justicia o las exigencias de solidaridad social. En realidad, el régimen de Derecho llegó a implantarse en un Estado por medio de un proceso histórico largo y complicado en el que operan muchos factores.¹⁶ En el Estado moderno las varias fuerzas que contribuyen al desarrollo del Derecho, pueden encontrar en último término su portavoz y expresión en el mandato del soberano.¹⁷ Pero en verdad, históricamente, es incorrecto decir, con Austin, que el Derecho es un mandato del Estado soberano y una creación suya. El Derecho se ha desarrollado por medio de tratados entre tribus federadas, en las pequeñas comunidades de las aldeas, en las corporaciones eclesiásticas, en asociaciones y gremios voluntarios, sin interferencia de ningún poder semejante al moderno Estado soberano.¹⁸ Difícilmente podrá ser considerado como "mandato de un soberano" el moderno Derecho internacional.¹⁹ La opinión de Austin puede tener alguna justificación en un Estado regido por un gobernante absoluto o un parlamento omnipotente. Como explicación general de la relación entre poder del Estado y Derecho es por completo insuficiente.

¹⁶ Véase, *infra*, Tercera Parte.

¹⁷ Cf. Brooks Adams, *Centralization and the Law* (1906), p. 63: "El Derecho es una resultante de las fuerzas sociales y el soberano el medio a través del cual se expresa la resultante."

¹⁸ Cf. Maine, *Early History of Institutions* (1888). Conferencias XII, XIII.

¹⁹ Austin, congruente con su doctrina, alega el carácter jurídico del Derecho internacional, al que califica de cuerpo de normas de "moralidad positiva", *op. cit.*, vol. I, p. 188.

14. *El problema de la soberanía*

El problema de la relación entre Estado y Derecho está íntimamente ligado con otro problema, en cuya solución han derrochado mucha energía e ingenio juristas y teóricos de la política. Hay pocas cuestiones en el campo de la teoría política general que hayan provocado tanta discusión y especulación como el problema de la soberanía. Por otro lado, los resultados efectivos de estas discusiones y especulaciones son relativamente pobres y la situación general de la doctrina es, en el momento presente, muy poco satisfactoria. Las razones de esta situación han de encontrarse, en parte, en la falta de acuerdo entre los distintos escritores en cuanto a las definiciones básicas; en parte, en la conversión de una cuestión histórica en un problema lógico y filosófico-universal; y, en parte, en la confusión de los deseos y las opiniones políticas de los tratadistas con los hechos científicos y objetivos.

La doctrina clásica de la soberanía la expuso en forma clara e inequívoca John Austin. En sus características fundamentales ya la hemos estudiado.²⁰ En esencia consiste en el supuesto de que en toda sociedad hay un poder supremo, absoluto e incontrolado, que tiene la decisión final con respecto a la promulgación y formulación de reglas jurídicas. El soberano de Austin es un instrumento que declara inapelablemente al Derecho, que no está sujeto a ninguna autoridad superior y que puede emplear —sin limitaciones— la coacción sobre quienes están sometidos a su poder. Este instrumento declara inapelablemente que el Derecho puede ser un hombre —como ocurre en una monarquía absoluta o en un Estado despótico— o una pluralidad

²⁰ Véase, *supra*, Sec. 12.

de personas, como ocurre en las monarquías limitadas, en las aristocracias y en las democracias. Incluso en la complicada estructura de los Estados federales —dice Austin— tiene que existir necesariamente una autoridad soberana. En tales Estados los varios gobiernos de las diversas unidades componentes ejercen una soberanía conjunta.²¹

Se han formulado muchas objeciones contra esta doctrina tradicional. Se ha dicho que la doctrina austiniana de la soberanía era resultado de una pura abstracción; que la historia conoce muy pocas sociedades en las que el Derecho haya sido creado por el ejercicio incontrolado de la voluntad de una autoridad soberana; que en realidad el Derecho era resultado de una enorme masa de opiniones, sentimientos, convicciones generales, supersticiones, costumbres y prejuicios de toda índole, hereditarios y adquiridos, producidos algunos por las instituciones y otros por la constitución de la naturaleza humana. Fue sobre todo Sir Henry Sumner Maine el que atacó la posición de Austin sobre estas bases. "La gran masa de influencias, a la que podemos llamar —en gracia a la brevedad— moral, modela, limita e impide perpetuamente la dirección de las fuerzas de la sociedad."²²

²¹ Austin, *op. cit.*, vol. 1, p. 265. Con respecto a los Estados Unidos de Norteamérica, Austin hace notar que "la soberanía de cada uno de los Estados, así como la del Estado resultante de la unión federal, reside en los gobiernos de los Estados en cuanto *forman un cuerpo compuesto*; entendiendo por gobiernos de los Estados, no sus parlamentos ordinarios, sino el cuerpo de ciudadanos que nombra su parlamento ordinario y que, aparte de la unión, es propiamente soberano en cada uno de ellos", 1, p. 268.

²² Maine, *op. cit.*, p. 359.

Yendo mucho más allá que Maine, Laski dice en su *Problem of Sovereignty* (1917), pp. 12, 14: "En ningún sitio tenemos la

Maine señaló también que hay sociedades, especialmente sociedades primitivas, donde no es posible encontrar un legislador soberano determinado.²³

Otros escritores han criticado a Austin sobre la base de que su doctrina discrepa de la estructura del moderno Estado constitucional de tipo federal en el que el poder gubernativo y el legislativo están divididos en un cierto número de órganos independientes; se ha citado especialmente a este respecto el ejemplo de los Estados Unidos.²⁴ Las teorías de Krabbe y Duguit han sido ya mencionadas; muy relacionadas con ellas están las doctrinas que declaran que la soberanía —al menos en el Estado moderno— no tiene sus raíces en ningún órgano gubernamental, sino en la voluntad del pueblo.²⁵ Según esas doctrinas “no hay sino un recurso por el cual pueda legitimarse la autoridad soberana: asegurar el consentimiento real del pueblo y convertirse en verdadero representante de la soberanía de éste”.²⁶ El concepto austiniano de soberanía

seguridad de que ninguna norma de conducta pueda ser forzosamente aplicada. Porque la validez de esa norma depende de la opinión de los miembros del Estado y éstos pertenecen a otros grupos, para los cuales tal norma puede ser perjudicial... No hay otra sanción para el Derecho sino el consentimiento de la mente humana.”

²³ Maine, *op. cit.*, pp. 379 ss.

²⁴ Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. ed. (1921), p. 76; Laski, *A Grammar of Politics* (1925), p. 49. [Hay trad. española de Teodoro González, *El Estado moderno*, Barcelona, 1932.]

²⁵ Véase Bartlett, “The Sovereignty of the People” (1921), *Law Quarterly Review*, vol. 37, pp. 497 ss.; Quarles, “The Nature and Limitations of Sovereignty” (1935), *Georgetown Law Journal*, vol. 24, pp. 69 ss.

Véase a este respecto el artículo 1 de la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919, que declara que “Todo poder soberano emana del pueblo”.

²⁶ Bartlett, *op. cit.*, p. 506.

ha sido atacado también desde otra dirección: la de los defensores del orden jurídico internacional, quienes, incluso en las condiciones actuales, se inclinan a subrayar la primacía del Derecho internacional sobre el interno de los Estados soberanos e independientes.²⁷

Pero el ataque de mayor alcance contra la teoría clásica de la soberanía lo ha hecho el grupo de autores que se denominan "pluralistas" políticos.²⁸ Los pluralistas afirman que la autoridad del Estado como creador del Derecho no es exclusiva; hay, dentro del Estado, grupos y asociaciones cuyo poder normativo está coordinado con el del Estado y es de igual rango que el de éste. No tratan los pluralistas como los anarquistas, de abolir el Estado; quieren únicamente privarle de la soberanía. Señalan el hecho de que el hombre, además de ser miembro del Estado, se asocia normalmente dentro del Estado con otros grupos cuya autoridad acata y respeta voluntariamente. Tales grupos pueden ser, por ejemplo, una Iglesia, una organización profesional, un gremio o un sindicato. La doctrina pluralista sostiene que esos grupos son o deben ser autónomos y estar en paridad con el Estado. En su existencia y organización deben ser independientes de la voluntad del Estado. En su esfera particular deben ser considerados tan soberanos como el Estado en la suya.²⁹ En cuanto al problema de qué funciones

²⁷ Cf. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920); *Allgemeine Staatslehre* (1926), p. 106; véase, también, Cohen, *op. cit.*, p. 72; Coker, "The Attack upon State Sovereignty", en *A History of Political Theories: Recent Times*, ed. por Merriam y Barnes (1924), p. 98.

²⁸ Véase como información general sobre el pluralismo, Coker, "Pluralism", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XIII, pp. 170 ss.

²⁹ Véase por completo Laski, *A Grammar of Politics*, pp. 59, 60. Más recientemente Laski ha abandonado en parte su punto de

y poderes peculiares deban asignarse al Estado y cómo hayan de regularse las relaciones entre éste y sus organizaciones rivales, los pluralistas están lejos de tener opiniones claras, consistentes y unánimes.

Con objeto de evaluar esas diversas y contrapuestas actitudes respecto al problema de la soberanía es indispensable investigar las raíces históricas y el significado original de soberanía. No conduce a nada discutir este concepto como término abstracto. El problema pierde mucho de su aparente complejidad si se tiene en cuenta que el concepto de soberanía fue elaborado y desarrollado en nuestra cultura occidental para lograr unos fines políticos específicos y que no puede ser comprendido sino en relación con el contexto de su finalidad histórica.

Por razones que se aclararán en seguida, el problema de la soberanía no existió, ni podía existir, en la antigua cultura grecorromana.³⁰ Tampoco significaba nada la noción de soberanía para el mundo medieval. De modo general el Estado no era la organización predominante dentro de la comunidad. Su predominio era disputado por varias autoridades poderosas: en primer lugar la Iglesia, que luchó por hacer del Estado su servidor; en segundo, el Sacro Imperio Romano, que pretendía universalidad y no reconocía la existencia de Estados territoriales independientes; y finalmente los grandes señores feudales, las munici-

vista pluralista, pero sigue manteniendo que "sobre bases de rectitud ética o de prudencia política, el Estado no tiene, en realidad, más títulos que cualquier otra asociación a la fidelidad de sus miembros", "The Crisis in the Theory of the State", en *Law: A Century of Progress* (1937), vol. II, p. 13.

³⁰ Jellinek, *op. cit.*, p. 439; Caspary, "Über den Souveränitätsbegriff des römischen Rechts", en *Studi in memoria di Aldo Albertoni* (1937), vol. II, p. 411.

palidades autónomas y los gremios, todos los cuales se consideraban poderes independientes y de igual rango que el Estado. El control sobre los individuos dentro de una región determinada lo compartían generalmente varias autoridades; estas autoridades competían a menudo entre sí, disputándose la fidelidad de aquéllos. No había un sistema jurídico unificado. Había varios poderes independientes que pretendían tener autoridad jurídica decisiva. La falta de un órgano supremo coordinador de los diversos sistemas jurídicos, producía con frecuencia una confusión intolerable. El barón feudal, el rey, la Iglesia, el municipio, trataban todos ellos de hacerse independientes del Derecho de los demás y superiores a él.

En estas condiciones se fue extendiendo en las mentes más destacadas de Europa la idea de un sistema jurídico unificado, dotado de supremacía sobre reglas contradictorias, que permitiera una seguridad y un orden jurídicos en un área determinada. Uno de los primeros en defender el establecimiento de un fuerte control secular universal fue Dante, en su libro *De Monarchia* (1310). Pero había mucho camino que recorrer hasta que en la Europa continental surgiera el Estado nacional soberano.³¹

Francia fue el primer país del continente europeo donde se desarrolló un fuerte poder monárquico de carácter nacional y territorial. Los orígenes del concepto moderno de soberanía han de buscarse en la lucha del rey de Francia contra la autoridad imperial

³¹ El desarrollo histórico fue algo diferente en Inglaterra. Inglaterra había tenido un gobierno central relativamente fuerte hasta el siglo xv. En ese siglo se produjo una situación de anarquía feudal que, en el xvi, dio otra vez lugar al establecimiento de un gobierno fuerte.

y la del Papa.³² Ese concepto encontró su primera elaboración fundamental en la obra de Juan Bodino *De Republica*, publicada por primera vez en 1576. En opinión de Bodino la soberanía era "el poder supremo sobre ciudadanos y súbditos, no limitado por leyes".³³ La finalidad de esta definición era política: había de servir al rey de Francia como arma de combate en su lucha contra la Iglesia y los barones feudales. Al declarar que la soberanía era un atributo esencial del gobierno, Bodino trataba de poner el fundamento teórico de la independencia del Estado nacional francés frente a la autoridad del emperador, del Papa y de los barones feudales. La soberanía significaba la suprema autoridad normativa del rey de Francia frente a todos los poderes rivales. Bodino reconocía una autoridad como superior al poder normativo del rey: la autoridad de las leyes de Dios y de la naturaleza. Pero no se deduce claramente de su obra quién podía obligar al rey a someterse a esta autoridad.³⁴ Fue Thomas Hobbes quien, un siglo después, llevó hasta sus conclusiones lógicas la doctrina de la soberanía de Bodino, declarando que los postulados del Derecho natural no eran para el soberano sino una guía moral.³⁵

³² Véase el detallado resumen histórico de Jellinek, *op. cit.*, pp. 440 ss.

³³ Bodino, *De Republica* (ed. 1591), lib. I, cap. 8. [Hay trad. española de Gaspar de Añastro, Turín, 1590.]

³⁴ Sobre el problema de si la ley natural era una limitación jurídica o meramente "moral" del poder del soberano de Bodino, véase por una parte Dunning, *A History of Political Theories from Luther to Montesquieu* (1905), p. 98; por otra Shepard, "Sovereignty at the Crossroads" (1930), *Political Science Quarterly*, vol. 45, pp. 588 ss. Véanse, también, las observaciones sobre Bodino de McIlwain, "A Fragment on Sovereignty" (1933), *Political Science Quarterly*, vol. 48, pp. 100 ss.

³⁵ Véase, *infra*, Sec. 24.

En la lucha por la independencia nacional que señala la transición de la Edad Media a la Moderna, fue la monarquía la que representó en todas partes la nueva idea de Estado. Es, pues, fácilmente comprensible que el concepto de soberanía se originase con referencia a un monarca absoluto. Sin embargo, esta estrecha conexión histórica entre el absolutismo político y la doctrina de la soberanía no determinó el carácter esencial de la doctrina, cosa que se pone de manifiesto cuando dirigimos nuestra atención a la doctrina de la soberanía de Austin en su especial ambiente político e histórico. El soberano en el que piensa Austin no era ya un monarca absoluto. Era el Parlamento inglés quien, según su teoría, ejercía una autoridad soberana suprema, no limitada por normas jurídicas superiores. También aquí las consideraciones políticas prácticas influyeron en la formulación de la teoría. Austin —como Bentham, antes que él— pertenecía al grupo de los utilitaristas, que trataban de eliminar del sistema consuetudinario del *Common Law* ciertas reglas inadecuadas y en desuso, ya inservibles, mediante leyes votadas por el Parlamento. Sus sugerencias fueron combatidas por juristas conservadores que sostenían que el *Common Law*, tal como se había desarrollado en los tribunales ingleses, encarnaba unos principios de justicia y Derecho que no podían ser alterados arbitrariamente por un cuerpo legislativo. La respuesta de Austin fue que el legislativo era supremo y soberano y que, por consiguiente, no estaba ligado por ninguna regla ni principio jurídico superior.

Vemos que hombres como Bodino y Austin emplearon el concepto de soberanía no como término jurídico, abstracto y técnico, sino como arma de combate en la lucha política. La soberanía significaba para ellos el reconocimiento de un legislador supremo —un mo-

narca absoluto o un cuerpo legislativo— con la intención de acabar con las aspiraciones de ciertos poderes políticos que trataban de discutir la supremacía de ese legislador. El significado real del concepto no queda claro mientras no se perciba obviamente lo que va implícito en su negación. La negación de la soberanía supone negar que el Estado tenga —frente a las pretensiones de otras autoridades— la última palabra en materia de legislación. Así estamos en situación de comprender por qué fue desconocida para el mundo antiguo la noción de soberanía. En la antigüedad clásica ningún poder discutía el papel del Estado como unidad dominante de la organización política. El mundo antiguo dio por sentado el control unificado de la autoridad política por el Estado. La noción de soberanía estatal no hubiera significado nada para griegos y romanos, porque para ellos no era imaginable ninguna antítesis.

¿Significa hoy —para nosotros— algo el concepto de soberanía? Para los súbditos de los nuevos Estados despóticos del siglo xx significa ciertamente algo. El poder, de que goza un gobernante autocrático como Adolf Hitler, es el ejemplo más extremo que cabe imaginar de soberanía al modo de Austin. Es un poder que no está sujeto a freno ni limitación de ninguna especie. No hay reglas jurídicas que no puedan ser cambiadas en cualquier momento por un simple decreto arbitrario del *Führer*. El poder de éste excede en mucho a lo que Bodino e incluso Hobbes deseaban dar a su soberano, porque esos pensadores reconocían ciertas reglas de Derecho natural que servirían al menos como “guía moral” al soberano, pero la moderna dictadura fascista no reconoce ninguna guía moral para la autoridad soberana, salvo las exigencias de la política de poder.

En la estructura política de una república federal democrática como los Estados Unidos se da un agudo contraste con estas autocracias modernas. La idea de soberanía se enfrenta aquí con una serie de obstáculos. No hay en los Estados Unidos ningún poder legislativo supremo que sea ilimitado y omnipotente. Los poderes legislativos están divididos entre el Congreso y las diversas legislaturas de los Estados, cada uno de los cuales tiene una esfera propia de acción determinada por la Constitución federal. Los ciudadanos tienen ciertos derechos y poderes que no pueden ser infringidos por ninguna ley federal o estatal. Los jueces de la Suprema Corte a los que se les reconoce el poder extraordinario de revisar la constitucionalidad de la legislación, pueden ver su decisión modificada mediante una enmienda a la Constitución. ¿Podrá entonces decirse que en los Estados Unidos el poder capaz de reformar la Constitución es el soberano? Gray ha observado con razón que incluso el poder de modificar la Constitución está limitado por la excepción de que "...no se privará a ningún Estado, sin su consentimiento, de su derecho a igualdad de sufragio en el Senado".³⁶ Hay incluso quienes defienden que el poder de enmendar la Constitución tiene también límites implícitos.³⁷ Aun después de aprobada una enmienda constitucional, su alcance y su significación están sujetos a la interpretación de la Suprema Corte. Hay que llegar, pues, a la conclusión de que en los Estados Unidos no se encuentra una autoridad soberana con poderes completos en el sentido de Austin. Son infructuosos los esfuerzos hechos para cludir la

³⁶ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, art. V. Cf. Gray, *op. cit.*, p. 78.

³⁷ Véase, Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2a. ed. (1932), p. 404.

dificultad, estableciendo el concepto de "soberanía dividida".³⁸ El término mismo es, en sí, una contradicción y no sirve a ninguna finalidad útil. Soberanía significa "poder supremo" y en una república federal constitucional, ni la Federación, ni los Estados componentes tienen ninguna especie de poder supremo.

En realidad el problema de la soberanía, como tantos otros problemas de la Ciencia del Derecho, está estrechamente ligado y conexo con el problema de poder y Derecho. En una comunidad política en la que el poder está dividido entre una serie de órganos sometidos a un complicado sistema de restricciones legales, será imposible encontrar un "superior humano determinado" al que "estén sujetos los demás miembros de la sociedad".³⁹ En tal Estado la autoridad impersonal del Derecho tiene rango superior al de algún gobernante o cuerpo gobernante específico. Incluso en sus relaciones con otras naciones, tal Estado tiene que renunciar a aquellos atributos de "soberanía" que le concede el Derecho internacional. Un Estado que se considera estrictamente ligado, no sólo por los acuerdos internacionales por él aceptados, sino por las reglas y principios generales de Derecho internacional reconocidos entre las naciones civilizadas, no es ya "soberano" en el verdadero sentido de la palabra. No se considera libre de infringir o dar de lado esas reglas y acuerdos por un ejercicio arbitrario de su voluntad soberana.⁴⁰ Por el contrario, aquellos gobiernos que

³⁸ Merriam, *History of the Theories of Sovereignty* (1900), p. 163; Chisholm, véase Georgia (U. S. Supreme Court, 1793), 2 Dallas 435. Contra la doctrina de la soberanía dividida: Jellinek, *op. cit.*, p. 302; Wilson, "A Relativistic View of Sovereignty" (1934), *Political Science Quarterly*, vol. 49, pp. 386-406.

³⁹ Austin, *op. cit.*, vol. 1, p. 226.

⁴⁰ Cf. por ejemplo, art. 4 de la extinta Constitución alemana

no se sientan obligados a reconocer ninguna restricción legal en sus relaciones con sus propios ciudadanos, o con los otros Estados, pueden pretender aún el atributo de soberanía en el sentido de Austin.

Estas consideraciones no quieren decir que el concepto de soberanía no tenga ya finalidad útil en relación con el "Estado de Derecho". En un sentido limitado, todo Estado civilizado puede aun hoy llamarse "soberano". El término —en este sentido restringido— denota el hecho —válido para las autocracias como para las democracias constitucionales— de que el Estado es el órgano supremo de coordinación jurídica. Aquellos pluralistas que nieguen este papel al Estado moderno expresan los deseos que inspiran sus sueños, pero no describen la situación real. Algunos Estados modernos pueden dar, o estar dispuestos a dar, un grado muy grande de autonomía a ciertas organizaciones existentes dentro de sus fronteras. La vida diaria real de los ciudadanos está gobernada actualmente por códigos profesionales interiores de las fábricas, acuerdos comerciales o reglamentos de los clubes. Pero en caso de que estas fuentes de autoridad jurídica entren en conflicto —entre sí o con las leyes promulgadas por el Estado— la última palabra en la materia corresponde al Estado.⁴¹ El Estado es la sede de un último residuo de autoridad. Esta autoridad puede ser circunscrita y limitada por disposiciones de Derecho constitucional. Pero el Estado es aún una

del 11 de agosto de 1919, que establecía que "las normas generalmente reconocidas de Derecho internacional se consideran disposiciones obligatorias del Derecho del Reich alemán".

⁴¹ Éste es el principal argumento que da Dickinson en defensa de la soberanía en "A Working Theory of Sovereignty" (1927), *Political Science Quarterly*, vol. 42, pp. 425 ss., vol. 43, pp. 32 ss. y de McIlwain, *op. cit.*, p. 94.

autoridad superior a la de las otras organizaciones que hay dentro de las fronteras nacionales. En este sentido puede decirse que el concepto de soberanía sirve hoy a una finalidad semejante a la que tenía al comienzo de su carrera. Así como entonces sirvió de arma contra la anarquía feudal, hoy es un arma contra la anarquía sindical. Para quienes están interesados en el mantenimiento del Derecho en las condiciones complejas de la sociedad moderna, el concepto de soberanía, entendido en este sentido limitado, no ha perdido totalmente su utilidad.

V. EL DERECHO Y LOS DEMÁS MEDIOS DE CONTROL SOCIAL

15. *Introducción*

SIN LA existencia, reconocimiento e imposición de ciertas reglas de conducta, sería imposible la vida ordenada en sociedad. En las sociedades civilizadas es muy grande la variedad de tales reglas de conducta. La manera de vestirse, hombres y mujeres, está bajo la fuerte influencia de la moda. La conducta exterior de los miembros de la sociedad en sus relaciones mutuas es regulada por la cortesía. Se espera de todo miembro de la sociedad la observancia de ciertas costumbres sociales (por ejemplo asistir a una comida para la que se ha aceptado una invitación). Se han establecido patrones convencionales de conducta para ciertas clases y profesiones, a cuyos miembros se obliga a acomodarse a ellos. Más importante aún son las reglas y preceptos de moralidad que establecen una cierta jerarquía de valores que gobiernan la actitud y las acciones de los hombres respecto a sus semejantes. Finalmente están las reglas del Derecho que, desde el punto de vista de su importancia social, no tienen necesariamente que ser de mayor jerarquía que cualesquiera otras normas, pero cuyo cumplimiento está garantizado por la sociedad con mayor fuerza que el de las reglas pertenecientes a cualquier otro sistema normativo.

Todos estos instrumentos de control social realizan la función de asegurar un progreso inteligente y orde-

nado de la vida social. La violación de cualquiera de estas varias reglas de conducta, comporta ciertas consecuencias desagradables para el infractor. En el caso de inobservancia de las normas de cortesía, las consecuencias pueden consistir en la reprobación, la crítica hostil o la interrupción de relaciones sociales. Las violaciones de las normas morales pueden comportar serios inconvenientes sociales o para la vida de negocios e incluso producir un ostracismo social. La inobservancia de los patrones profesionales de conducta puede llevar a la expulsión de las organizaciones profesionales. En el caso de una violación del Derecho pueden seguirse pérdida de derechos, imposición de compensaciones pecuniarias, penas u otras consecuencias. El miedo a esas consecuencias desagradables ejerce una influencia muy grande en la observancia de las reglas de conducta social; en este sentido puede decirse que la *coacción* es un factor poderoso en la aplicación de todas las normas sociales, aunque la especie y los grados de coacción puedan ser muy variados.

La coacción, tomando esta palabra en su sentido más amplio, es así un elemento común a todos los instrumentos de control social. ¿Cuáles son, entonces, los factores que distinguen el objeto de nuestro especial estudio —el Derecho— de los demás instrumentos de control social? Al dirigir nuestra atención a ese problema nos encontramos con que no tiene —en modo alguno— fácil solución. Se han hecho numerosos intentos de distinguir el Derecho de las reglas de la costumbre, la moral y la ética. Pero los resultados están muy lejos de mostrar claridad y precisión. La razón de que sean poco satisfactorios los frutos de estas investigaciones no reside en la incompetencia

de los juristas. Sus raíces están en la dificultad misma del problema.

Hubo un tiempo en que no era posible distinguir las normas jurídicas de los mandatos de la religión, los preceptos de la moralidad, o las exigencias de la costumbre o de la tradición. En la sociedad primitiva Derecho y costumbre era una sola y única cosa y este Derecho consuetudinario estaba inseparablemente unido con las convicciones religiosas y morales. Con la creciente complejidad de la vida social se produjo una cierta "división del trabajo" en cuanto se refiere al control social. La sociedad política organizada —es decir, el Estado y sus órganos— tomó a su cargo la función de regular las relaciones más esenciales entre los miembros de la sociedad, especialmente aquellas de donde podrían producirse más fácilmente luchas y desórdenes. Figuran entre ellos la posición de las mujeres y niños, la protección de la propiedad, el cumplimiento forzoso de los contratos y otras obligaciones, el castigo de los delitos. En cuanto a las relaciones del hombre con las fuerzas sobrenaturales, el Estado las fue dejando cada vez más en manos de las corporaciones religiosas y los sacerdotes, que vigilaban también la observancia de ciertos preceptos morales. Cuanto más compleja se hacía la sociedad, los órganos políticos se vieron obligados a abandonar más funciones a otros instrumentos de aquélla. El Estado se limitó en un grado cada vez mayor a la administración del Derecho y dejó la aplicación de la moral, de las costumbres y ciertos patrones éticos de conducta de las comunidades locales, las corporaciones profesionales o la sociedad como tal. Para conocer la verdadera naturaleza del Derecho en ese estadio avanzado de desarrollo se hace necesario distinguirlo de los demás instrumentos de control social.

16. Derecho y moral

Según una teoría muy influyente, la distinción entre Derecho y moral consiste en que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres, en tanto que la moralidad gobierna su vida íntima. Esta teoría fue expuesta primeramente por Thomasius y Kant.¹ Ha sido aceptada desde entonces por muchos estudiosos de la Ciencia del Derecho.² Según esta opinión, el Derecho exige solamente el cumplimiento externo de las reglas y disposiciones existentes, en tanto que la moralidad apela a lo íntimo de la conciencia del hombre; pide que los hombres actúen impulsados por intenciones y motivos buenos. Un defensor moderno de esta doctrina, el jurista húngaro Julius Moór, la resume en las siguientes palabras:

Las normas de moralidad no amenazan con la aplicación de medios exteriores de coacción; no hay garantías externas de ejecución forzosa de sus postulados. La garantía de su cumplimiento queda exclusivamente en el alma del individuo de que se trate. Su sola autoridad está basada en el convencimiento de que indican la línea de conducta recta. Lo que da por resultado el cumplimiento de las normas morales no es la coacción física exterior, ni las amenazas, sino la convicción íntima de la rectitud inherente a ellas. El mandato moral apela, pues, a nuestra rectitud, a nuestra conciencia.

¹ Véase, *infra*, Sec. 27.

² Véanse, por ejemplo, Gierke, "Recht und Sittlichkeit" (1927), *Logos*, vol. 6, pp. 228-229; *Deutsches Privatrecht* (1895), vol. 1, p. 115; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed. (1932), p. 36; Stammler, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed. (1928), p. 233; Moór, *Macht, Recht, Moral* (1922), p. 15; Mayer, *Rechtsphilosophie*, 2a. ed. (1926), p. 46 [trad. española, Colección Labor]; Del Vecchio, *Lezioni di filosofia di diritto*, 3a. ed. (Ed. alemana [1937] del propio Del Vecchio), pp. 244 ss., 256. [Hay ed. española, trad. de Luis Recaséns Siches, 2a. ed., Barcelona, 1935.]

Por el contrario, el Derecho —dice Moór— pide un absoluto sometimiento a sus normas y mandatos, sin tener en cuenta si determinado individuo los aprueba o no; y se caracteriza por el hecho de que lleva siempre consigo la amenaza de coacción física.³

Esta teoría no es aceptable como explicación generalmente válida de las relaciones entre Derecho y moral. Desde el punto de vista histórico, la relación entre Derecho y moralidad no puede encerrarse en una fórmula abstracta y omnicomprensiva. Esa relación es, en sí misma, resultado de evolución y cambio. En las primeras etapas de desarrollo social el Derecho, la moral y la religión constituían un todo indiferenciado.⁴ Incluso después de segregarse las normas religiosas y su sanción específica de los demás instrumentos de control social, Derecho y moral permanecieron estrechamente ligados. Tal ocurrió, por ejemplo, en la cultura griega, donde no se llegó a una distinción tajante entre las normas jurídicas y las morales. Fue en Roma donde surgió, por primera vez en la historia, el Derecho con su carácter peculiar e independiente, emancipado de la costumbre y de la moralidad. Pero ni siquiera los propios jurisconsultos romanos reconocieron el significado filosófico y sociológico de esa emancipación. En la *Instituta* de Justiniano se menciona el mandato de vivir honestamente (*honeste vivere*)⁵ como un principio fundamental del Derecho, aunque debería ser considerado de modo principal como postulado ético. Análogamente la definición de Celsus, *Jus est ars boni et aequi*⁶ (el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo) tampoco traza

³ Moór, *op. cit.*, pp. 15, 16.

⁴ Véase, *supra*, Sec. 15.

⁵ *Inst.*, I, 3.

⁶ *Dig.* I, 1, 1.

ninguna distinción entre Derecho y moralidad. En la práctica, sin embargo, los juristas romanos se daban perfecta cuenta de los límites que separaban la esfera del Derecho de la esfera de la moral.⁷

Después de que hubo perecido el imperio romano, el mundo europeo cayó de nuevo en una situación relativamente primitiva. Durante la mayor parte de la Edad Media, el Derecho no se diferenciaba de la moral y la teología. Sólo al comienzo de la Edad Moderna se produce una nueva emancipación del Derecho frente a la moral. La escuela clásica del Derecho natural investigó las características diferenciales del Derecho y preparó el terreno para el establecimiento de la jurisprudencia como ciencia independiente. El Derecho tendió cada vez más a convertirse en el único instrumento estrictamente coactivo de regulación social. Al relegar al campo de la conciencia los principios de moralidad no incorporados al Derecho, Thomasius, Kant y Fichte no hicieron sino expresar la tendencia predominante de la época.⁸

Encontramos, pues, que la tan difundida doctrina que ve el Derecho como la regulación externa de la vida social humana y la moral como la regulación interna,⁹ no representa una verdad universal, sino que es meramente expresión de cierto estadio del desarrollo del Derecho. Sin embargo, desde el punto de vista del jurista moderno, esta doctrina es superior a todos los otros intentos de explicar la relación entre Derecho y moral. Es la única doctrina que está adaptada a un orden social en el que el Derecho reina como

⁷ Cf. Jhering, *Das Zeweck im Recht*, 6a. ed. (1923), vol. II, pp. 40-42; Del Vecchio, *op. cit.*, p. 251.

⁸ Sobre la relación entre Derecho y moralidad en el Derecho natural clásico, véase, *infra*, Sec. 27.

⁹ Véase, *supra*, pp. 94 ss.

instrumento supremo de control social. Es la doctrina que expresa la idea del "Estado de Derecho", exigida por el Derecho en su forma pura e ideal. En su forma pura el Derecho sólo puede prevalecer en una sociedad donde sea el único instrumento de control coactivo externo del Estado.

Para comprender correctamente el significado de esta última afirmación, hay que comenzar por eliminar desde el principio ciertas posibilidades de mala inteligencia. Sería equivocado asegurar que, en una sociedad gobernada por el Derecho, la moral no tendría lugar salvo como guía íntima del "alma" o "conciencia" individual. En su verdadero sentido, la moralidad es el establecimiento de una jerarquía de valores supremos que han de gobernar a una sociedad. La doctrina ética o moral nos aporta ciertos criterios esenciales para evaluar la conducta y los actos humanos. La moralidad cristiana, por ejemplo, reconoce como postulados supremos de la vida social humana el altruismo, la generosidad, el amor al prójimo y la monogamia en las relaciones sexuales. En toda sociedad los valores morales que la guían se reflejan de alguna manera en el Derecho. En nuestra cultura el reconocimiento legal de la monogamia, la prohibición del adulterio, las disposiciones contra el fraude y las transacciones fraudulentas, indican la incorporación al Derecho de los principios morales. Por lo demás, en una serie de casos, el Derecho considera los motivos, intenciones y pensamientos de los hombres como importantes y relevantes. Esto es cierto del Derecho penal y en cierto grado de las disposiciones sobre la reparación de daños y perjuicios (*law of torts*). Por ejemplo, en el Derecho penal es requisito esencial para el castigo de muchos delitos la prueba de una intención dolosa (*mens rea*). Es también un hecho que la clase y

severidad de la pena dependen con frecuencia de los motivos íntimos y las intenciones que indujeron al acusado a cometer el delito. Todo sistema jurídico encarna e integra ciertas ideas esenciales de moralidad predominantes en la sociedad de que forma parte.

De otro lado, la mayor parte de las sociedades reconocen, además de las reglas de moralidad que han sido incorporadas a las normas jurídicas, otras normas morales. El problema de las relaciones entre Derecho y moral se plantea principalmente con respecto a esas reglas. El verdadero sentido de la doctrina defendida por Thomasius y Kant consiste en la afirmación de que aquellas reglas de moralidad que no han sido absorbidas en el sistema jurídico pertenecen al reino de la conciencia individual. Entendida así, la doctrina enuncia un requisito previo fundamental para el establecimiento de un "gobierno con arreglo a Derecho". En su forma más desarrollada el Derecho significa la asignación a cada individuo de esferas de poder clara y terminantemente delimitadas dentro del orden social.¹⁰ Dentro de esa esfera el individuo es libre de actuar según su voluntad. Es esencial al régimen de Derecho que no exista otro instrumento de control social que pueda deshacer la obra que el Derecho ha realizado. Si esas reglas de moralidad que no han pasado al sistema jurídico estuviesen dotadas de sanciones coactivas semejantes a las del Derecho, quedaría prácticamente borrada la significación específica de la regulación jurídica. Las esferas de libertad no afectadas por el Derecho se verían invadidas por un instrumento rival —la moralidad—. Las instituciones que administran la moralidad —tanto si se tratase del

¹⁰ Véase, *supra*, Sec. 6.

gobierno, como de la Iglesia o de cualquier otra organización— estarían en situación de aplicar la coacción externa fuera de los límites del Derecho. Es evidente que, bajo tal sistema, las garantías de libertad individual establecidas por el Derecho significarían poco o nada.

Los modernos Estados totalitarios presentan un ejemplo muy claro del aserto de que una confusión de Derecho y moral produce la decadencia o la abdicación del Derecho. Todos esos Estados reconocen ciertas reglas fundamentales de moralidad política y social. No puede negarse a los principios guías de esos Estados la aplicación de la palabra "moral", entendida en el sentido de sistema de valores supremos, por el hecho de que discrepemos de ellos. No se puede identificar la moralidad con la moralidad cristiana. En la Alemania nacionalsocialista, por ejemplo, se reconocen como valores supremos de moralidad el heroísmo colectivo, el espíritu militar, la dureza y un patriotismo inmovible.¹¹ Es igualmente posible convertir —como ocurrió en Rusia después de la revolución bolchevique de 1917— en meta suprema de la conducta moral la extirpación del capitalismo y el establecimiento de una sociedad comunista, proletaria y sin clases. Es típico de los ordenamientos colectivos de este tipo que se consideren como inmorales los actos

¹¹ Estos valores han sido impuestos a la nación alemana por un grupo de líderes resueltos. Es difícil determinar hasta qué punto corresponden al sentimiento del pueblo. A la luz de estos hechos la afirmación de Timasheff de que la ética descansa en la "convicción del grupo" resulta criticable. (Cf. Timasheff, *Introduction to the Sociology of Law* [1939], p. 245.) Es posible imponer mediante el poder un cierto sistema moral o ético. Una combinación de ética y poder no convierte necesariamente —como supone Timasheff— un sistema de poder en un sistema de Derecho. Véase, *infra*, Sec. 59.

contrarios al objetivo supremo del Estado y que se castigue severamente a quienes los cometen. Se castiga a quien los perpetre, aunque no haya ninguna disposición jurídica definida que sea aplicable al caso. Es característico de las modernas sociedades totalitarias que su código moral no se transforme —o se transforme de un modo incompleto— en código jurídico; a la vez se deja el código moral todo lo vago e inconcreto que sea posible, con objeto de que tenga la flexibilidad necesaria para hacer frente a las exigencias del régimen gobernante. Cualquier desaprobación de la conducta del gobierno —manifestada verbalmente o expresada en actos abiertos de desagrado, o incluso por una mera abstención pasiva— puede comportar para el individuo las consecuencias más serias. No hay un código jurídico preciso que diga al ciudadano hasta dónde puede llegar. Algunos intérpretes legales del nacionasocialismo han subrayado que, en esta forma de totalitarismo, Derecho y moral han de ser considerados como idénticos.¹² Sería más cierto decir que en tal sociedad el Derecho se evapora, diluyéndose en una moralidad totalitaria. El Derecho pierde su precisión, su racionalidad y su estabilidad, es decir, sus características más esenciales. No cumple ya su finalidad de definir y aclarar los derechos, poderes y obligaciones del individuo. So capa de realizar una idea moral, se somete y da paso al ejercicio arbitrario de un poder autocrático por parte de los gobernantes de la sociedad totalitaria.

Toda separación de Derecho y moral contribuye, como cualquier separación de poderes, al estableci-

¹² Röder, "Die Untrennbarkeit von Sittlichkeit und Recht" (1935), *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 29, p. 29. Véase, también, Laun, *Recht und Sittlichkeit* (1935).

miento de la libertad política.¹³ Sólo un sistema jurídico que monopolice el poder de la coacción directa frente al individuo puede realizar su función de “liberar energía, eliminando la fricción que es producto de las situaciones vagas, oscuras e inciertas, ilustrando al hombre acerca de lo que puede hacer y del modo como puede hacerlo”.¹⁴ El Derecho pierde mucho de su valor si aquellas reglas morales que no han llegado a cristalizar en normas jurídicas pueden ser impuestas por la fuerza y la coacción directa a los miembros de la sociedad. Habrá siempre formas indirectas y menores de coacción sobre los miembros de la sociedad. Tales formas son, por ejemplo, la desaprobación y el boicot sociales. A la luz de esa coacción extra-legal puede decirse que la violación de las obligaciones morales constituye algo más que un mero pecado contra la conciencia universal.

Pero es esencial al “Estado de Derecho” que se usen medios no políticos para imponer esas reglas morales y que el disidente no se vea coaccionado de modo directo por el Estado para que las acepte. No hay libertad sino donde el estado se limita —por medio del Derecho— a imponer únicamente las reglas que son básicas para la conservación ordenada de la sociedad. Es esencial para una sociedad libre que esas reglas se formulen con toda la precisión posible. Ehrlich nota con mucha razón que

[...] la sociedad dedica mucha mayor atención al modo de formular las normas jurídicas, que al de las reglas de la moral u otras normas no jurídicas: dada la importancia que atribuye al Derecho, le interesa no sólo tener unas directivas generales, sino unos preceptos detalla-

¹³ Véase, también, *infra*, Sec. 27.

¹⁴ Dewey y Tufts, *Ethics* (1980), p. 467.

dos. Todo el mundo ha de poder saber, por simple lectura de la norma jurídica, cómo debe regular su conducta en un caso determinado en tanto que las normas no jurídicas, expresadas como están en términos generales, son poco más que direcciones o guías generales.¹⁵

El totalitarismo moderno nos enseña la lección de que un orden social basado, no en el Derecho, sino en algunos principios generales de moralidad social, política o colectiva, dotado de sanciones absolutas y coactivas, es necesariamente un orden en el que la libertad y la autonomía individuales están totalmente dadas de lado. Por esta razón la teoría estudiada al comienzo de este capítulo tiene aún gran importancia para quienes estamos interesados en el mantenimiento del Derecho.

17. *Derecho y costumbre*

La relación entre Derecho y costumbre, como la relación entre Derecho y moral, no es un problema filosófico, sino histórico. En nuestra época, la costumbre comprende aquellas reglas de conducta que el Estado no considera suficientemente importantes como para hacerlas objeto de una regulación general autoritaria. El Estado deja la aplicación de las normas de la costumbre a las comunidades locales o a la sociedad en general, sin poner a su disposición el aparato coactivo jurídico. El Estado no puede ocuparse de todo; tiene

¹⁵ Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. por Moll (1936), p. 168. Radbruch, en su *Rechtsphilosophie* (p. 36), cita una observación del poeta sueco August Strindberg, en la cual se lamenta de que los hombres tiendan a hacer sus códigos morales lo más vagos posibles.

que limitar su actividad a la aplicación de las reglas más importantes de conducta. En muchos aspectos la separación de Derecho y costumbre es un producto de esa división del trabajo que es concomitante de toda civilización altamente desarrollada.

En los estadios primeros de desarrollo social la situación era totalmente distinta. En la sociedad primitiva no había una línea divisoria tajante entre Derecho y costumbre. En la medida en que existía, el Derecho era, en gran parte, consuetudinario. En este punto los historiadores del Derecho están hoy sustancialmente de acuerdo, pero en cambio, hay una serie de opiniones divergentes respecto al carácter de ese primitivo Derecho consuetudinario.

Según una opinión muy difundida, surge el Derecho consuetudinario en cuanto se observan de modo general y continuo por parte de los miembros de un clan, una tribu o un pueblo, ciertos usos y costumbres. No se considera necesario ningún reconocimiento ni imposición de tales usos y costumbres por ninguna autoridad superior. Con arreglo a este modo de ver, en las sociedades primitivas el Derecho surge de las costumbres no litigiosas de la vida cotidiana, aprobadas por la opinión pública.¹⁶ Esta opinión descansa en una teoría del Derecho apoyada principalmente por los juristas de la escuela histórica, en especial Savigny y Puchta. La escuela histórica suponía que en las sociedades primitivas las normas jurídicas no eran impuestas desde arriba, sino que se desarrollaban desde abajo, de conformidad con la conciencia jurídi-

¹⁶ Korkunov, *General Theory of Law*, trad. inglesa Hastings, 2a. ed. (1922), p. 412; Vinogradoff, "The Problem of Customary Law", en sus *Collected Papers* (1928), vol. II, p. 420; Allen, *Law in the Making*, 2a. ed. (1930), p. 104.

ca popular.¹⁷ Según Savigny, el Derecho consuetudinario surgía de las disposiciones sociales del pueblo como tal, y no por decreto de ninguna autoridad superior. Savigny creía que sólo después de haberse hecho más compleja la civilización se transfería la actividad popular de creación del Derecho a un grupo de técnicos.

Hay varios puntos en los que es dudosa la validez de esta opinión. En primer lugar presupone la existencia de una estructura democrática en la sociedad primitiva, en el sentido de que sólo aquellas reglas de conducta que surgen de la conciencia jurídica de todo el pueblo alcanzarán fuerza normativa. Las investigaciones modernas acerca de las sociedades primitivas han puesto de manifiesto que —al menos en numerosos casos— su estructura era más bien patriarcal que democrática. Es muy probable que muchos clanes o *gens*, especialmente en el mundo indo-europeo, fueran gobernados de modo patriarcal y autoritario por un hombre que tenía con frecuencia poder de vida y muerte sobre los miembros del grupo. Si creemos en la existencia de esa autoridad patriarcal tenemos que suponer que las reglas de conducta de la sociedad primitiva eran determinadas en gran parte por el jefe autocrático o al menos que sólo podían desarrollarse aquellos usos y costumbres que tenían su aprobación.

En muchos casos, este sistema monárquico primitivo fue cediendo el paso al gobierno de una casta o aristocracia,¹⁸ que puede haber sido un consejo de jefes o ancianos o un colegio sacerdotal. Esta aristocracia se convirtió en agente de la administración del Derecho consuetudinario. Hasta Vinogradoff, que aceptaba

¹⁷ Véase, *infra*, Sec. 43.

¹⁸ Maine, *Ancient Laws*, ed. Pollock (1930), p. 8.

—en conjunto— la teoría de Savigny y Puchta, admitía que “nos vemos obligados a suponer... que había una actividad consciente de los ancianos, sacerdotes, jueces, *witans** o expertos de alguna clase, dirigida al descubrimiento y declaración de lo que es recto y justo”.¹⁹ Esa casta aristocrática tendió a monopolizar el conocimiento del Derecho. Como no se conocía la escritura, había que emplear algún otro medio para conservar las costumbres de la comunidad. Se aseguró una cierta estabilidad y continuidad al desarrollo del Derecho consuetudinario confiando las reglas reconocidas de conducta a la memoria de un pequeño grupo de hombres, que trasmitían su experiencia de generación en generación.

Hay, sin embargo, un aspecto en el que tenía razón la escuela histórica. El jefe o la aristocracia gobernante podían únicamente imponer el cumplimiento de aquellas costumbres que eran adecuadas a las disposiciones generales de la sociedad primitiva y a las necesidades económicas de la época. Ninguna autoridad puede, a la larga, imponer reglas contrarias a la necesidad social de la época y el lugar. Se requiere —además de la imposición autoritaria— un medio social en el que esa imposición tenga sentido. En este aspecto la opinión de Savigny de que el Derecho surge de la conciencia jurídica popular, contiene un elemento importante de verdad. Para funcionar con éxito, la administración de las normas de conducta exige un cierto grado de cooperación y apoyo por parte de la comunidad a la que se imponen las normas. Es probable que las leyes que repugnan a las nociones jurídicas de una comunidad o a sus necesidades prácticas

*Se denominaba *witans* a los miembros de los consejos políticos generales de la época anglosajona. [T.]

¹⁹Vinogradoff, *Common Sense in Law* (1926), p. 165.

se vean derrotadas por la resistencia pasiva y la dificultad de una vigilancia y una represión constante.²⁰

Algunos autores han adoptado la opinión de que todos los usos y costumbres reconocidos por una comunidad y cuya aplicación impone alguna autoridad han de ser considerados como normas jurídicas.²¹ Otros han ido más lejos y han considerado como Derecho únicamente aquellas reglas de conducta cuya observancia se asegura mediante la imposición de penas que afectan a la persona o a su propiedad.²² Estas opiniones no pueden ser aceptadas. Por una parte, no todas las reglas de conducta impuestas por una autoridad superior son normas jurídicas. Sólo pueden considerarse como Derecho aquellas reglas consuetudinarias que han llegado a estar tan firmemente establecidas que constituyen limitaciones al poder de la autoridad gobernante. Las reglas que pueden ser fácilmente dejadas de lado por el mero capricho del jefe o el cuerpo gobernante no han alcanzado la categoría de normas jurídicas. Por otro lado, no es esencial para la creación del Derecho la existencia de una autoridad superior. Los acuerdos realizados por los caudillos de diferentes clanes para beneficio o protección mutuos, crean obligaciones jurídicas, aunque no haya autoridad superior que imponga su cumplimiento. Son Derecho en el mismo sentido en que el Derecho

²⁰ Vinogradoff, "Customary Law", en *The Legacy of the Middle Ages*, ed. Crump y Jacob (1926), p. 287.

²¹ Sadler, *The Relation of Custom to Law* (1919), p. 85; Salmond, *Jurisprudence*, 9a. ed. (1937), ed. por Parker, p. 253; Holland, *Elements of Jurisprudence*, 13a. ed. (1924), p. 58; Lobingier, "Customary Law", en *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. IV, pp. 662 ss.

²² Munroe Smith, *A General View of European Legal History* (1927), p. 258.

Internacional moderno es una forma genuina, aunque débilmente desarrollada, de Derecho.²³

Conforme avanza la civilización, el Derecho se convierte en un cuerpo de normas escritas y administradas por una clase profesional de juristas o jueces. En cuanto comienza a utilizarse generalmente la escritura, el Derecho deja de ser consuetudinario.²⁴ Se expresa en leyes, decisiones judiciales o en los escritos de jurisconsultos prominentes. Carece de sentido llamar "costumbre" a tal Derecho (como por ejemplo al *Common Law*).²⁵ Las costumbres que han sido reconocidas por los instrumentos estatales de administración del Derecho se convierten en parte del Derecho general y dejan de ser meras costumbres. Esto es igualmente cierto de las costumbres de los mercados medievales que fueron incorporadas al *Common Law* en el siglo XVIII, como de cualquier costumbre bursátil moderna que ha sido reconocida como obligatoria por alguna decisión judicial o por alguna ley. En las condiciones modernas, la costumbre, como tal, no llega generalmente a ser fuente independiente de Derecho más que como adición o excepción al Derecho general del país establecida por usos locales. Tales usos locales pueden ser probados ante un tribunal de justicia y reconocidos por él, con tal que, en primer lugar, no contradigan una ley o principio fundamental del Derecho general; y en segundo, que cumplan determinados requisitos. Esos requisitos son: existencia continua desde tiempo inmemorial, certidumbre, observancia continua como Derecho, racionalidad.

²³ Véase, *supra*, Sec. 7.

²⁴ Maine, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ Carter, *Law: Its Origin, Growth, and Function* (1907), p. 120; en contra: Gray, *The Nature and Sources of Law*, 2a. ed. (1921), pp. 282 ss.

Si se dan esos requisitos,* el tribunal puede declarar que la costumbre debe ser reconocida como Derecho local válido.²⁶

En conjunto, el significado del Derecho consuetudinario dentro del sistema jurídico actual es muy pequeño; pero la costumbre puede entrar en el campo del Derecho de modo indirecto. Al determinar si hubo negligencia en determinado acto, el tribunal puede verse obligado a comprobar los modos de conducta consuetudinarios, por ejemplo, la observancia de las reglas del tráfico. Al aplicar el conocimiento patrón legal de la "conducta de un hombre razonable" se hace necesaria con frecuencia la consideración de los modos normales de conducirse. Una ley que trata de regular la competencia leal, tiene que tomar en cuenta los usos mercantiles que prevalecen en una determinada rama de los negocios. En las demandas en que se alega incompetencia profesional, hay que recurrir a los patrones reconocidos en la profesión. Todos estos ejemplos demuestran que el Derecho ha de tener en cuenta, a menudo, los usos y modos consuetudinarios de conducta y que, incluso hoy día, no puede trazarse en todos los casos una línea divisoria tajante entre una regla jurídicamente obligatoria y una regla que no es obligatoria más que socialmente.

* Estos requisitos de la costumbre no suelen ser exigidos por los sistemas jurídicos latinos que generalmente consideran aquella como hecho que ha de ser probado por la parte que lo alega, sin que sea necesario demostrar otra cosa que su existencia. [T.]

²⁶ Véase, Allen, *op. cit.*, pp. 87-104; *The Laws of England* del conde Halsbury, X, 221; Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, 6a. ed. (1929), pp. 281 ss.; Vinogradoff, *Common Sense in Law* (1926), p. 154; Salmond, *op. cit.*, p. 261; Kiser, "Customs and Usages", *Corpus Iuris*, vol. 17, p. 444.

18. *Derecho y administración*

Moral, costumbre y Derecho no son los únicos instrumentos de control social en la sociedad política moderna. En el Estado moderno hay otro instrumento de regulación social al que se denomina Administración. Su importancia y ámbito están aumentando continuamente; en algunos Estados de tipo totalitario, el control administrativo ha sustituido ya todo control jurídico. Ningún tratado moderno de Ciencia del Derecho puede ser completo si no estudia las relaciones entre Derecho y Administración; hay, sin embargo, pocos campos en donde haya mayor confusión. Esto es particularmente cierto del Derecho administrativo, en el que se enfrentan directamente Derecho y Administración. Su naturaleza y funciones son, con frecuencia, mal comprendidas o mal interpretadas y esa mala inteligencia es, a veces, resultado de una incapacidad de comprender el significado del Derecho en general. Apenas hay problema que esté tan íntimamente entrelazado con los problemas fundamentales de la Ciencia del Derecho como el problema del Derecho administrativo.

El estudio ha de comenzar definiendo el término "Administración". La "Administración" es la regulación de los asuntos públicos o privados, según el principio de utilidad. Un terrateniente "administra" su hacienda, dando órdenes para el adecuado cultivo o conservación de la tierra. El empleado de una compañía que "administra" los asuntos de ésta, se ocupa de las medidas útiles y prácticas destinadas a fomentar y hacer prosperar sus negocios: da órdenes a sus empleados, prepara planes de producción, examina la calidad de los productos, etc. Éstos son ejemplos de Administración privada. Cuando funcionarios del go-

bierno toman medidas administrativas en interés público, entramos en la esfera de la Administración pública. La erección de diques para impedir las inundaciones, la conservación de los parques nacionales, el establecimiento de servicios de salubridad pública, son actos típicos de Administración pública.

¿Cuál es la relación entre la Administración pública y el Derecho? Este problema fue estudiado por dos profesores alemanes de Derecho público, Georg Jellinek y Paul Laband. Según la teoría de Jellinek, la actividad estatal puramente administrativa no encaja dentro del concepto de Derecho. Sostenía que la creación de los órganos ejecutivos por el Estado, la administración de las propiedades públicas, la emisión de reglamentos, órdenes e instrucciones dirigidas a los funcionarios estatales para la rama ejecutiva del gobierno, estaban fuera del campo del Derecho. A su juicio no todo lo que se publica en forma de ley debe ser considerado como Derecho. Por ejemplo, una ley que ordena la construcción de un canal o un ferrocarril o la emisión de un empréstito, un donativo hecho en forma legal, con cargo a los fondos públicos, a los habitantes de una región inundada, una ley que autoriza a organizar una exposición o una expedición al Polo Norte, tiene carácter administrativo y no legislativo. No puede ser Derecho ninguna regla que opera solamente dentro de la Administración y que no crea ninguna especie de obligaciones y derechos para nadie que esté fuera de aquélla.²⁷ Tales reglas tienen tan poco que ver con el Derecho como una instrucción dada por un particular relativa a la administración de

²⁷ Jellinek, *Gesetz und Verordnung* (1877), pp. 240 ss. Véase, también, Laband, *Staatsrecht des Deutschen Reichs* (1901), vol. I, p. 168. [Hay ed. francesa, "Le Droit public de l'Empire Allemand".]

su casa o hacienda. Todo Derecho, dice Jellinek, está condicionado por relaciones entre dos o más personas.²⁸ Sólo una regla que delimita la esfera de actividades libres de las personas en sus relaciones mutuas es una norma de Derecho.²⁹ En esta opinión Jellinek tiene el apoyo de Laband: el Derecho, según este autor, consiste en "la delimitación de los derechos y deberes respectivos de los súbditos; por su naturaleza misma presupone una pluralidad de personas que puedan entrar en colisión".³⁰ No hay espacio para el Derecho, según Laband y Jellinek, mientras la esfera del querer del Estado administrador o de cualquier otra persona natural o jurídica no entre en contacto con alguna otra esfera de voluntad, haciendo posible con ello un encuentro, una colisión o un compromiso entre varias voluntades. En cuanto se refiere al ejercicio de la libre discreción en asuntos administrativos, el Estado debe ser entendido y considerado como un fenómeno político y ético, pero no jurídico. El Estado entra en el dominio jurídico únicamente cuando otorga a los particulares derechos destinados a delimitar el ejercicio libre y discrecional de la actividad de los funcionarios estatales.³¹

Partiendo de un punto de vista totalmente diferente, el jurista ruso soviético E. Paschukanis llegó a conclusiones muy semejantes a las de Jellinek y Laband.³² Distingue entre normas jurídicas de una parte y normas

²⁸ Jellinek, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a. ed. (1905), p. 193.

²⁹ Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 240.

³⁰ Laband, *loc. cit.*

³¹ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 195.

³² Véase el instructivo artículo de Dobrin, "Soviet Jurisprudence and Socialism" (1936), en *Law Quarterly Review*, vol. 52, pp. 402 ss. Sobre la doctrina de Paschukanis en general, *id. infra*, Sec. 40.

técnico-sociales, de otra. Todo el Derecho —afirma— está condicionado por la existencia de intereses privados distintos y contrapuestos. El Derecho es el instrumento típico de control social de una sociedad de productores de mercancías, aislados y privados, que cambian sus productos mediante el contrato. Según Paschukanis el Derecho está fuera de lugar en una sociedad donde no hay intereses particulares contrapuestos que requieran reajuste. En una sociedad socialista —decía— las normas jurídicas serán remplazadas por normas técnico-sociales. Estas últimas constituyen la forma típica de regulación en una organización social en la que prevalece una “unidad de propósito”. Paschukanis aduce los siguientes ejemplos en favor de su teoría:

Las normas jurídicas que determinan la responsabilidad de los ferrocarriles, presuponen pretensiones privadas, intereses particulares aislados, en tanto que las normas técnicas que regulan el tráfico ferroviario presuponen un propósito común, por ejemplo, el logro de la máxima capacidad de transporte. O, para tomar otro ejemplo, el tratamiento de un enfermo implica una serie de reglas, tanto para el personal médico como para el paciente, pero en cuanto tienen un propósito común —la curación del enfermo— son normas técnicas. La aplicación de esas normas puede implicar alguna coacción para el paciente. Sin embargo, mientras consideremos la coacción desde el punto de vista del propósito común —común al enfermo y a sus médicos—, la coacción sigue siendo un acto técnicamente aconsejable y nada más.³³

³³ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (trad. alemana de Hajós, 1929), p. 55. La traducción sigue la *op. cit.* de Dobrin, p. 417.

Los planes de producción en una economía colectivista, los planes de movilización en momento de guerra y las instrucciones dadas a los miembros de la Compañía de Jesús por sus superiores, son otros tantos ejemplos de regulaciones meramente técnicas. Es evidente con estos ejemplos que las normas técnico-sociales tienen el mismo contenido que las normas y regulaciones administrativas y son idénticas a ellas. Paschukanis excluye estas normas meramente técnicas del dominio del Derecho; en conexión con esto hace la pertinente e interesante observación que sigue: "Cuanto más estrictamente se aplica el principio de la regulación arbitraria —excluyendo toda referencia a una voluntad independiente y autónoma— menos espacio queda para la aplicación de la categoría del Derecho."³⁴

Hans Kelsen adopta exactamente la postura contraria. No reconoce ninguna distinción esencial entre Derecho y Administración. Según su teoría todo acto de Administración es a la vez acto jurídico.³⁵ Llega a esta conclusión distendiendo el término "Derecho" hasta cubrir toda la gama de normas coactivas establecidas por el Estado. Niega que los actos administrativos puedan ser funcionalmente distinguibles de los actos judiciales. En ambos casos se sigue un procedimiento idéntico, a saber, se trata de lograr un resultado querido, mediante la imputación a su contrato de un acto coactivo.³⁶ En opinión de Kelsen el Estado es "una especie de rey Midas, que convierte en Derecho cuanto toca".³⁷ Desde este punto de vista, toda

³⁴ Paschukanis, *op. cit.*, p. 78.

³⁵ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), p. 242.

³⁶ Kelsen, "The Pure Theory of Law" (1935), *Law Quarterly Review*, vol. 51, pp. 521 ss.; véase, también, *infra*, Sec. 54.

³⁷ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 44.

distinción entre Derecho y Administración pública parece totalmente fútil y fuera de lugar.

¿Qué actitud tomar ante estas contrapuestas doctrinas? ¿Representan un mero juego de palabras o indican puntos de vista diferentes acerca del significado y funciones sociales del Estado? Es evidente que lo que ocurre es esto último. La Administración, en su esencia, es un ejercicio de poder. La Administración pública en particular es una esfera de actividad libre de gobierno. La consideración directora de la Administración pública es el principio de utilidad y la voluntad de lograr resultados prácticos mediante la aplicación de los medios más eficaces. La Administración pública no limitada por el Derecho es puro imperio del poder. Como ha demostrado ampliamente la experiencia de los modernos Estados totalitarios, un Estado puramente administrativo tiende a borrar la diferencia entre poder y Derecho y hacer así nula y carente de sentido la noción de Derecho. Una nación que deja de percibir la diferencia entre regulaciones administrativas y jurídicas puede perder fácilmente su libertad y su Derecho, aun sin darse cuenta de ello.

Tenemos ahora que dirigir nuestra atención al problema del Derecho administrativo. ¿Cuáles son la naturaleza y funciones de esta rama del Derecho? En este problema las opiniones de los juristas son ampliamente divergentes. Definir el Derecho administrativo simplemente como "el Derecho que se refiere a la Administración",³⁸ es una manera fácil de eludir la dificultad. Esta definición no añade nada al término que trata de definir, aunque tiene la ventaja de ser inocua, en tanto que otras definiciones son peligrosas y provocan equivocaciones. Por ejemplo Berle caracteriza

³⁸ Jennings, *The Law and the Constitution* (1933), p. 187.

el Derecho administrativo como "el Derecho aplicable a la transmisión de la voluntad del Estado desde su fuente hasta su punto de aplicación".³⁹ Otros autores describen el Derecho administrativo como "el Derecho de las discreciones estatutarias" [es decir, legales].⁴⁰ Estas definiciones no hacen distinción entre Administración pública y Derecho administrativo. Quien estudia Derecho administrativo no estudia las actividades de los funcionarios en el campo de la conservación del suelo, la repoblación forestal o la reconstrucción de carreteras. En su curso de Derecho administrativo no se le da ninguna información acerca de las instrucciones que imparte el Departamento de Estado a los agentes diplomáticos, ni de los métodos de preparación militar o el funcionamiento del servicio de correos en los Estados Unidos. El Derecho administrativo no se ocupa de la transmisión de la voluntad del Estado en ninguna de sus formas. Se ocupa de los *límites* puestos al ejercicio de esa voluntad. Tampoco se ocupa el Derecho administrativo de la esfera discrecional asignada a los funcionarios administrativos, sino, por el contrario, de las *restricciones* puestas a esa discreción. Debe definirse el Derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas. Perdería su carácter de rama jurídica si su función consistiera en describir y enumerar los poderes ejecutivos y discrecionales, de que se inviste a los órganos administrativos.

³⁹ Berle, "The Expansion of American Administrative Law" (1917), *Harvard Law Review*, vol. 30, pp. 431 ss.; *Selected Essays on Constitutional Law*, vol. IV, p. 120.

⁴⁰ Willis, "Three Approaches to Administrative Law" (1935), en *Selected Essays on Constitutional Law*, vol. IV, p. 36.; Corry, "Administrative Law in Canada" (1933), *Proceedings of the Canadian Political Science Association*, vol. V, p. 190.

Según Goodnow el Derecho administrativo "es aquella parte del Derecho público que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas e indica al particular los remedios para la violación de sus derechos".⁴¹ Frankfurter da la siguiente definición: "El Derecho administrativo se ocupa del control jurídico ejercido por los órganos de administración del Estado, distintos de los tribunales, y del control ejercido por los tribunales sobre tales órganos."⁴² Estas definiciones ponen de manifiesto elementos importantes del Derecho administrativo. Esta rama del Derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos. Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos en el caso de que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: el control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos. La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho administrativo.

Puede suscitarse el argumento de que frecuentemente una ley o norma jurídica no limita el poder de los funcionarios ejecutivos, sino que, por el contrario, les concede y atribuye determinados poderes. ¿Pierde

⁴¹ Goodnow, *Comparative Administration, Law* (1903), p. 8.

⁴² Frankfurter, "The Task of Administrative Law" (1972), *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 75, pp. 615 ss.; *Selected Essays on Constitutional Law*, vol. IV, p. 2.

la calidad de acto jurídico una ley que contiene una concesión de poderes administrativos, pero no expresa ninguna limitación al ejercicio de tales poderes? Sería absurdo examinar toda ley o disposición jurídica con objeto de determinar si contiene una *concesión* o una *limitación* de poderes y únicamente en este último caso honrarla con el atributo de "acto jurídico". Para determinar si un sistema político es un "imperio de la ley" es necesario considerar el orden jurídico como un todo. Hay que determinar si el poder del gobierno está limitado, y hasta qué punto lo está, y qué salvaguardias existen contra los actos arbitrarios de los funcionarios públicos. Hay que averiguar qué restricciones a la actividad del gobierno establecen las normas generales del Derecho o las leyes promulgadas. Si se amplía mucho la esfera de actividad libre y sin restricciones del gobierno y se eliminan o restringen en gran medida los remedios de que disponen los individuos o grupos contra la invasión de sus esferas privadas, el Derecho camina hacia su abdicación. El Reichstag alemán aprobó en marzo de 1933, una ley que autoriza a la rama ejecutiva del gobierno a promulgar las leyes que estimase necesarias, aunque fueran contrarias a las disposiciones más esenciales de la Constitución.⁴³ Formalmente esa ley es un acto jurídico. En sustancia es la abdicación completa del Derecho. Una tal ley anuncia que el Derecho ha decidido desaparecer de la escena para dar paso al imperio del poder arbitrario y desenfrenado.

Reconociendo este hecho la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió unánimemente, en el caso *Schechter*, que la concesión al gobierno de poderes

⁴³ Ley de 24 de marzo de 1933, *Gaceta oficial alemana* (1933), Parte I, p. 141.

amplios y no especificados es incompatible con el régimen de Derecho.⁴⁴ Las palabras de Dicey de que el régimen de Derecho "significa en primer lugar el predominio del Derecho regular opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de la arbitrariedad, la prerrogativa e incluso de una amplia autoridad discrecional por parte del gobierno",⁴⁵ son tan ciertas hoy, como lo han sido siempre. El poder sin restricciones y el Derecho son, como hemos visto, conceptos que se excluyen recíprocamente.

Derecho y Administración difieren no sólo en su concepto, sino en cuanto a funcionamiento y efectos. Pound ha descrito en forma excelente las diferencias prácticas que hay entre esos dos instrumentos rivales en la siguientes frases:

La Administración consigue la seguridad pública por ministerio de medidas preventivas. Selecciona una jerarquía de funcionarios, a cada uno de los cuales se asigna una tarea definida; se gobierna más bien por finalidades que por reglas. Es personal. De ahí que sea a menudo arbitraria y esté sujeta a los abusos inherentes a la acción personal en contraste con la acción impersonal o regulada por el Derecho. Pero bien ejercitada es extremadamente eficaz; más eficaz siempre de lo que puede ser una organización rival. Por el contrario el Derecho actúa remediando o castigando más bien que previniendo. Formula normas generales de acción y hace surgir la infracción de las mismas de la imposición de penas. No vigila la acción. Deja a los individuos en libertad de actuar, pero impone sanciones a quienes no actúan de conformidad con las reglas prescritas. Es impersonal y protege contra la ignorancia, el

⁴⁴ Schechter Poultry Corp. Véase United States (1935), 295 U. S. 495, 55. Sup. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570.

⁴⁵Dicey, *The Law of the Constitution*, 8a. ed. (1915), p. 198.

capricho o la corrupción de los magistrados. Pero no es suficientemente rápido y automático para hacer frente a las exigencias de una organización social compleja.⁴⁶

Lo que importa principalmente al Derecho son los derechos; a la Administración los resultados; el Derecho conduce a la libertad y la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez de la decisión. Los peligros del Derecho son la rigidez y el estancamiento; los de la Administración, la burocracia y la autocracia.

En el siglo XIX, en el sistema político norteamericano se subrayó casi exclusivamente el Derecho. La esfera de la Administración se mantuvo todo lo restringida que fue posible.

La paralización de la Administración por el Derecho era un espectáculo cotidiano. Casi todas las medidas importantes de policía o administración tuvieron que hacer frente a una intervención judicial (*injunction*)... Dejamos a los tribunales lo que en otros países se confiaba a la Administración, e incluso la inspección y vigilancia previas a la acción, prefiriendo mostrar al individuo su deber mediante una ley general, a dejarle libre de actuar según su juicio y perseguirle e imponerle la penalidad preestablecida en el caso de que su acción infringiese el Derecho. Se consideraba fundamental en nuestro sistema político restringir la Administración a los límites imprescindibles. En otras palabras, en tanto que otros países se inclinaban a un extremo y cayeron bajo el domino de la burocracia, nosotros fuimos a parar al extremo opuesto y caímos bajo la dominación de los tribunales.⁴⁷

⁴⁶ Pound, "Inherent and Acquired Difficulties in the Administration of Punitive Justice" (1907), *Proceedings of the American Political Science Association*, vol. IV, p. 232.

⁴⁷ Pound, "Justice According to Law" (1914), *Columbia Law*

En el siglo xx, el péndulo ha oscilado hacia el lado contrario. Han ido surgiendo en rápida sucesión un gran número de órganos administrativos. Hay una tendencia a eliminar o reducir el control judicial de la acción administrativa. La baja estima en que se ha tenido al poder administrativo en el siglo xix, ha cedido el paso —en muchos sectores— a una exagerada alabanza de sus ventajas. No siempre se percibe con claridad que aunque ese poder aparezca en forma de discreción administrativa, sigue siendo poder y, a menos que tenga el contrapeso de las restricciones legales, es susceptible de que se abuse de él. El ejemplo de Estados totalitarios demuestra amplia y claramente que en un Estado puramente administrativo se da muy poca consideración a la dignidad y los derechos de la personalidad humana.

Pound compara el actual "recrudescimiento de la justicia del ejecutivo" a la aparición de la jurisprudencia de equidad (*Equity*) en el sistema jurídico de la Inglaterra del siglo xvi.⁴⁸ Señala que la equidad comenzó como administración de justicia por el ejecutivo, como un movimiento ajeno a los tribunales de justicia. Más adelante, sin embargo, se convirtió en parte establecida del sistema jurídico: "El *Common Law* sobrevivió y el único resultado permanente de la reversión a la justicia sin Derecho, fue liberalizar y modernizar el Derecho."⁴⁹ Pound está convencido de que la actual justicia administrativa de los Estados Unidos seguirá una evolución análoga. El paralelo parece convincente, aunque hay que hacer una distinción. La jurisprudencia de equidad inglesa era en la mayor

Review; vol. 14, p. 12; *Selected Essays on Constitutional Law*, vol. IV, p. 63.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 71.

parte de sus aspectos esenciales el ejercicio de un poder extralegal, destinado a agrandar el campo de los derechos individuales; brindó al particular acciones y recursos en casos en que, a consecuencia de la rigidez y el formalismo del *Common Law*, no hubiera podido defender sus pretensiones y derechos legítimos. La moderna justicia administrativa, en uno de sus aspectos, trata también de eliminar las malas consecuencias de un procedimiento ineficaz, complicado, costoso y largo en los tribunales ordinarios y ayudar a los ciudadanos a obtener una solución más rápida de los conflictos.⁵⁰ Este campo de control administrativo puede ser comparado —como hace Pound— con el desarrollo de equidad inglesa. Pero, por otro lado, en muchas de sus otras ramas, el control administrativo tiende a restringir y disminuir la esfera de los derechos individuales en interés del orden o el bienestar públicos; priva a los individuos y grupos de derechos y recursos legales con objeto de fomentar e incrementar la eficacia en la solución de los problemas industriales y sociales. Éste es acaso el aspecto más característico del moderno control administrativo. Esta característica le distingue de la equidad, pues la equidad tendía a aumentar y no a disminuir los derechos individuales.

Era inevitable y necesario que aumentase el control administrativo en los Estados Unidos para poder conseguir eficacia en la dirección de los asuntos públicos en un mundo industrial complicado.⁵¹ Pudo parecer deseable un aumento de poder administrativo con objeto de evitar situaciones de anarquía social

⁵⁰ La legislación sobre accidentes del trabajo es un ejemplo de este aspecto de la justicia administrativa.

⁵¹ Véase, sobre este punto, Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law* (1927), pp. 10 ss., 14.

o industrial, incluso a la luz de los requisitos, expuestos anteriormente, del tipo ideal de Derecho. Si el poder privado contrapesa excesivamente al público en forma socialmente destructiva, el aumento de poder público y la contracción correspondiente del poder privado puede ser el único método de mantener el régimen de Derecho en el orden social.⁵² Desde este punto de vista un aumento de poder administrativo no contradice necesariamente los objetivos y propósitos del Derecho.

Pero las consideraciones precedentes sólo son válidas si se reconocen claramente los peligros inherentes al control administrativo. Los organismos administrativos deciden los problemas y controversias que se les plantean, no tanto mediante reglas jurídicas fijas, como por aplicación de la discreción y la política gubernamental. Para garantizar el régimen de Derecho hay que poner en algún punto un límite claro a la discreción administrativa. Dónde deba trazarse esa línea es cosa que no puede decirse mediante una fórmula simple. Hasta el punto en que el ejercicio de un margen amplio de discreción administrativa sea absolutamente esencial para el cumplimiento efectivo de alguna finalidad social importante, hay que dar poder a los funcionarios o corporaciones administrativas. Pero por amplio que sea el margen discrecional, el individuo debe tener, además de otros procedimientos jurídicos contra los actos de los órganos administrativos, un recurso ante los tribunales ordinarios en caso de abuso arbitrario de la discreción. Debe suponerse tal abuso de la discreción siempre que el órgano administrativo trate dos situaciones iguales de manera diferente. El tratamiento igual de las situaciones iguales es la exi-

⁵² Véase, *supra*, Sec. 6.

gencia más fundamental de la justicia.⁵³ Una justicia administrativa que contenga en su organización salvaguardias adecuadas para la realización de este principio hace honor, al menos, a los postulados más elementales del "gobierno con arreglo a Derecho". La experiencia de los ciudadanos de los modernos Estados totalitarios demuestra que otorgar una discreción prácticamente ilimitada a los comisarios políticos o a los oficiales de la policía secreta da origen al régimen totalmente arbitrario de poder y de terror. Cada día es más claro que los complicados problemas de la sociedad moderna no pueden ser resueltos —sin recurrir a métodos bárbaros e inhumanos— más que por una apreciación inteligente de las exigencias y principios fundamentales de Derecho y justicia. La introducción de la crueldad y la brutalidad como métodos primarios de control social puede parecer en cierta medida conducente a la "eficiencia" en el gobierno. Pero una "eficiencia" que desprecie los postulados básicos del decoro humano difícilmente puede ser proclamada como un fin en sí.

⁵³ Véase, *supra*, Sec. 8. La cláusula de protección igual de la Constitución de los Estados Unidos garantiza la realización de esta aspiración fundamental.

SEGUNDA PARTE
EL DERECHO NATURAL

VI. EL DERECHO NATURAL ESTOICO Y CRISTIANO

19. *Introducción*

DESDE tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos han sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que existía un Derecho natural permanente y enteramente válido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre. Tras la inabarcable variedad de los Derechos positivos y las costumbres, trataban de descubrir aquellas ideas generales y eternas de justicia y Derecho, que los seres razonables estaban dispuestos a reconocer en todas partes y que habían de servir como justificación de toda forma de Derecho positivo. En cuanto al contenido específico de ese Derecho natural, se han expuesto en el curso de la historia muchas ideas. Pero la idea misma de que había un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado, a lo largo de los siglos, tener una gran vitalidad y tenacidad.¹

¹ Lord Bryce afirma que "entre los seres humanos hay una [...] identidad de características dominantes, combinada con una diversidad infinita de individuos, diversidad mayor que la existente entre los diferentes individuos de las especies inferiores. Sin embargo, pueden percibirse en todos los hombres —desiguales en

Los primeros en plantear y discutir el problema de Derecho natural fueron los pensadores griegos. Se dieron cuenta de que había una gran variedad de leyes y costumbres en las diferentes naciones y pueblos. Lo que una nación aprobaba, lo condenaba otra. De ahí que se plantease la cuestión de si el Derecho y la justicia eran meros productos de la convención, la utilidad o la conveniencia, o de si había tras de esta confusa variedad algunos principios generales, guías permanentes y uniformes de justicia e injusticia, válidos en todos los tiempos y para todos los pueblos.

Algunos de los filósofos griegos adoptaron la opinión de que no existían principios eternos e inmutables de justicia. Estaban convencidos de que las normas de Derecho y justicia no eran sino arreglos casuales, que cambiaban con los tiempos, los hombres y las circunstancias. Algunos de los sofistas más destacados que enseñaron en Atenas en el siglo V a.C. sostuvieron esta opinión. En su aspecto más radical esta teoría conducía a una negación completa de la justicia y el Derecho. El sofista Trasímaco —al que se puede considerar como una especie de precursor de la interpretación marxista del Derecho— enseñaba que las

lo demás— las mismas tendencias generales, los mismos apetitos, pasiones y emociones. Son estas pasiones y emociones las que impulsan las acciones de los hombres y las impulsan con arreglo a principios y formas que son esencialmente siempre los mismos a pesar de las discordias y conflictos en cada hombre que surgen del hecho de que la pasión puede impulsarle en una dirección y el interés en otra, en tanto que el miedo puede paralizar toda acción. Se forma así una concepción de la constitución general del hombre como tal, por encima de todas las peculiaridades de cada individuo, constitución que no es creación suya, sino que le es dada en forma de germen al surgir a la vida y que se desarrolla con la expansión de facultades físicas y mentales". Bryce, "The Law of Nature", en *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 558.

leyes eran creadas por los hombres o grupos que estaban en el poder, con objeto de fomentar sus propios intereses. "Afirmino —decía— que la justicia no es sino lo que conviene el más fuerte."² Calicles, expositor de la teoría aristotélica del superhombre, sostuvo la opinión contraria. Afirmaba que las leyes las hacían los débiles y la multitud, porque éstos eran, en todo momento, la mayoría; contrastaba el "derecho natural del hombre fuerte" con las leyes y convenciones de la grey. Opiniones semejantes sostuvo, unos doscientos años más tarde, Carneades (214-129 a.c.), uno de los jefes de la escuela escéptica. Afirmaba que todos los seres vivos son llevados, por instinto natural, a buscar su ventaja personal. La justicia —decía— sería mera locura, porque implicaría el sacrificio de una ventaja personal en aras de un ideal puramente imaginario. Otros filósofos no llegaron a adoptar una opinión tan radical, pero negaron la existencia de principios eternos e inmutables de justicia. El sofista Protágoras (481 ?-411 a.c.), anticipando las opiniones de los positivistas modernos, sostuvo que las leyes hechas por los hombres eran obligatorias y válidas sin consideración a su contenido moral. Unos doscientos años más tarde, un escéptico, Timón (326-235 a.c.), se sumó a esta actitud positivista. Señalando las diversidades de la legislación positiva en los diferentes Estados, negó que hubiera en el mundo nada semejante a una "justicia natural".

Al revés que estos pensadores, que se negaban a reconocer la existencia de un Derecho natural, la mayoría de los filósofos más destacados de la antigua Grecia adoptó la posición opuesta. Creían que hay ciertos elementos en la naturaleza humana que son los

² Platón, *La Republica*, trad. inglesa Jowett, Libro I, 338.

mismos en todos los tiempos y todos los pueblos, y que esos elementos encontraban su expresión en el Derecho. Las normas jurídicas fundadas en esas cualidades generales y naturales de la especie humana eran, en su opinión, de carácter permanente y validez universal. Denominaron a este elemento permanente y universal del Derecho *physis* (naturaleza). Era expresión de la constitución física, mental y moral común a todos los hombres.³ Contrastaron este elemento permanente y universal del Derecho con otro, inestable y variable, que era simplemente el producto de un acuerdo o conveniencia temporal de una determinada comunidad política. Denominaron a este elemento *nomos* (convención, norma creada por el hombre). *Physis* representaba para ellos la necesidad basada en causas naturales, en tanto que *nomos* significaba la acción libre y arbitraria de un legislador humano.

El supuesto de un Derecho divino y natural, distinto de las leyes de cada Estado, lo formuló ya Heráclito (535-475 a.c.). Le siguió el sofista Hipias, que distinguía entre Derecho escrito y Derecho no escrito, describiendo el primero como conjunto de reglas casuales sometidas al cambio, en tanto que el segundo era dado por los dioses y observado de la misma manera en todos los países.⁴

³ Hipias creía que la prohibición del matrimonio entre parientes próximos era una ley natural, porque tal unión produce descendientes degenerados (Jenofonte, *Memorabilia*, IV, 420-423). Demóstenes menciona la defensa propia y la defensa de la propiedad como normas jurídicas basadas en la naturaleza y comunes a todos los hombres (*Contra Aristócrates*, 54-59). Aristóteles enseñó que el Estado era una institución de Derecho natural (*Política*, trad. inglesa Welldon, Lib. I, cap. 2).

⁴ Platón, *Protágoras*, 337.

El sofista Lisofón consideraba la igualdad de todos los hombres como dictado del Derecho natural y desarrolló por primera

Platón (429-348 a.c.) creía en la existencia de una idea eterna de justicia. La describía como la armonía orgánica de una república en la que cada individuo y cada clase eran llamados a ocupar el lugar que les estaba destinado y a desempeñar una función apropiada.⁵ De modo semejante Aristóteles (384-22 a.c.) suponía la existencia de una ley de naturaleza. Hizo una distinción entre la justicia natural y la convencional. La parte que es natural, decía, tiene la misma autoridad en todas partes y es independiente de la opinión. La que es convencional es meramente producto de una situación particular, un mero pronunciamiento positivo de un cuerpo legislativo que podía haber tomado ésta o la otra dirección.⁶

Así pues, la idea de una ley de naturaleza que podía pretender validez universal, desempeñó un papel prominente en el pensamiento político de los griegos.⁷ Pero la idea de Derecho natural no alcanzó su

vez una doctrina del contrato social. Alcidas creía que por Derecho natural todos los hombres nacían libres y que la esclavitud era incompatible con el Derecho natural.

⁵ Cf. *supra*, Sec. 9.

⁶ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. inglesa Welldon, Lib. V, cap. 10.

Conforme a esta opinión el Derecho natural es un elemento particular de un sistema jurídico positivo; es aquel elemento que es indispensable por la naturaleza misma del Estado o por las condiciones de la naturaleza humana externa sobre la cual no tiene dominio la voluntad humana. El Derecho natural representa en esta opinión el elemento de necesidad en la legislación. Sobre los conceptos de Derecho y justicia en Aristóteles, véase, *supra*, Sec. 10.

⁷ Sobre el Derecho natural en la teoría positiva griega véase Barker, *Greek Political Theory: Plato and his Predecessors* (1918), pp. 53-56, 64-76, Bryce, *op. cit.*, pp. 556 ss.; Salmond, "The Law of Nature" (1885), *Law Quarterly Review*, vol. II, pp. 121 ss.; Salomon, "Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten" (1911). *Savigny Zeitschrift* (Rom. Abt.), vol. 32, pp. 129 ss.

pleno desarrollo hasta la aparición del estoicismo; con él llegó a ser una fuente de influencia duradera en el desarrollo del Derecho y de su Ciencia.

. *El Derecho natural de los estoicos*

 La escuela estoica de filosofía fue fundada por un pensador de origen semita llamado Zenón (350-260 a.c.). Zenón y sus discípulos colocaban el concepto de “naturaleza” en el centro de su sistema filosófico. Entendían por naturaleza el principio rector que penetraba todo el universo, principio que —en forma panteísta—, identificaban con Dios. Ese principio rector era de carácter esencialmente racional. Para Zenón, todo el universo se componía de una sustancia y esa sustancia era la razón. El Derecho natural era —para él— idéntico a la ley de la razón. El hombre, en cuanto parte de la naturaleza cósmica, era una criatura esencialmente racional. Al seguir los dictados de la razón, conducía su vida de acuerdo con las leyes de su propia naturaleza. Los estoicos enseñaban que el hombre debe liberarse de las emociones y las pasiones, que debe hacerse independiente del mundo exterior y de los bienes terrenos y que debería ordenar todas sus facultades de modo racional. Debe ser intrépido y luchar por conseguir una completa tranquilidad y armonía interiores.

La razón, como fuerza universal que penetra todo el Cosmos, era considerada por los estoicos como la base del Derecho y la justicia. La razón divina —decían— mora en todos los hombres, de cualquier parte del mundo, sin distinción de raza ni nacionalidad. Hay un Derecho natural común, basado en la razón, que es universalmente válido en todo el Cosmos. Sus pos-

tulados son obligatorios para todos los hombres en todas partes del mundo. Los filósofos estoicos enseñaron que no debía haber Estados-ciudades diferentes, cada uno de los cuales tuviese su peculiar sistema de justicia. Desarrollaron una filosofía cosmopolita, fundada en el principio de la igualdad de todos los hombres. El ideal último era un Estado universal en el que todos los hombres convivieran armónicamente guiados por la razón divina. Creían que tal situación había existido en un estadio muy primitivo de la historia humana. En esa "edad de oro" de la humanidad se había realizado completamente el ideal absoluto del Derecho natural. Todos los hombres eran libres e iguales. No había división de los hombres en clases o nacionalidades. Eran desconocidas las instituciones de la propiedad privada y la familia. No existía la esclavitud ni ninguna otra forma del dominio del hombre sobre el hombre. Todos los hombres gozaban en común de todas sus posesiones y bienes y vivían como verdaderos hermanos, bajo la guía de la razón.

Esta comunidad libre e igual de hermanos —decían los estoicos— fue destruida por la aparición del egoísmo y la ambición, de la pasión y el ansia de poder. Tras la destrucción de aquella comunidad ya no era posible realizar el Derecho natural de la edad de oro. La razón tuvo que inventar medios e instituciones prácticas de hacer frente a la nueva situación. De ahí que se crearan las instituciones del gobierno y la propiedad privada, el matrimonio y la autoridad paterna (*patria potestas*), adaptadas al estado moral real de una humanidad degenerada. El Derecho natural absoluto de la edad de oro tuvo que ser remplazado por un Derecho natural relativo, no tan perfecto que, según los estoicos, debía tener en cuenta las condiciones reales de la situación existente y la naturaleza imper-

fecta del hombre. Pero los legisladores deben intentar aproximarse en lo posible y factible a los postulados del Derecho natural absoluto. El Derecho natural relativo debía tender a fomentar, con sus disposiciones positivas, la libertad e igualdad de todos los hombres. Debía tratar de evitar discriminaciones basadas en la raza o en el sexo, impedir toda opresión del hombre sobre el hombre y luchar por la generalidad y la universalidad. En otros términos, debería contribuir al establecimiento de una comunidad humana universal en la que los hombres viviesen conforme a los dictados de la razón.⁸

El concepto estoico del Derecho natural ejerció una fuerte influencia sobre el desarrollo posterior del Derecho y la filosofía jurídica. Fue en primer lugar un factor de importancia en la teoría y práctica jurídicas romanas. En segundo término, preparó una base para la filosofía jurídica de los Padres de la Iglesia y los pensadores medievales. Puede también encontrarse la influencia de la doctrina estoica en el Derecho natural clásico de los siglos XVII y XVIII y en las teorías de la Revolución francesa. Dondequiera que han sido proclamados como principios eternos de justicia la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos, los hombres han seguido las huellas de los filósofos estoicos.

⁸ Este estudio se basa en las investigaciones fundamentales de Ernst Troeltsch en sus *Gesammelte Schriften*, vol. IV (1925), pp. 156-160, 174-176; vol. I (1923), pp. 52-58.

Véase, también, Barker, "Stoicism", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XIV, pp. 407 ss.; Bevan, *Stoics and Sceptics* (1913); Hildebrand, *Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie* (1806), pp. 505-513; Arnold, *Roman Stoicism* (1911), pp. 273-300; Sabine y Smith, Introducción a la traducción inglesa de la *República de Cicerón* (1929), pp. 7 ss.

21. *El Derecho natural en Roma*

Así como los griegos fueron los iniciadores de la filosofía jurídica, los primeros en construir un sistema ingenioso y práctico de Derecho fueron los romanos. Las contribuciones de los jurisconsultos romanos a la teoría jurídica general y a la filosofía del Derecho eran sorprendentemente escasas. Aquellos jurisconsultos fueron grandes practicadores del Derecho, poco interesados en el pensamiento especulativo. Muchas de sus afirmaciones jurídicas generales fueron tomadas de los griegos o debidas a su influencia. Algunos de los pasajes del *Corpus Juris* justiniano que tratan de la naturaleza del Derecho son citas de los filósofos griegos y están escritos en esta lengua.⁹

Fue sobre todo la filosofía estoica la que ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos romanos. Muchos de los más celebrados maestros y practicantes del Derecho romano fueron discípulos de la Stoa. Esto es cierto, casi sin excepción, de los jurisconsultos más antiguos.¹⁰ Pertenecían al círculo de Escipión el joven, que vivió a principios del siglo II a.c. El centro espiritual de ese círculo era el filósofo griego Panaecio. Algunos de los iniciadores y constructores del Derecho romano clásico pertenecieron a este grupo. Según afirma Pomponio., Publio Mucio, Bruto y Manilio pusieron los cimientos del Derecho Civil.¹¹ El primer intento de exponer toda la estructura del Dere-

⁹ Véase, por ejemplo, *Dig.*, I, 3, 2; I, 3, 6; I, 4, 4. La famosa definición de Celsus "Jus est ars boni et aequi" (*Dig.*, I, 1, 1, pr.) es también de origen griego.

¹⁰ Kübler, "Griechischen Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Roma, 1933), vol. I, p. 85.

¹¹ *Dig.*, I, 2, 2, 39.

cho civil en un tratado sistemático lo hizo —según el mismo Pomponio— Quinto Mucio Scaevola.¹²

El gran orador y hombre de Estado Cicerón (106-43 a.c.) fue también adepto de la doctrina estoica. Para él la justicia era emanación del Derecho natural. Como los estoicos, identificaba naturaleza y razón y suponía que la razón era el poder dominante del Universo. **“El verdadero Derecho —dijo— es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones.”**¹³ Este Derecho no es una cosa en Roma y otra en Atenas. Es obligatorio para todos los pueblos y naciones en todas las épocas. El Derecho civil no es sino una aplicación de este Derecho natural eterno. Una disposición del Derecho civil no es justa porque haya sido promulgada por el Estado; de serlo, las leyes arbitrarias hechas por los tiranos habrían de ser consideradas como justas. Para ser justa, una ley tiene que estar de acuerdo con los postulados morales fundamentales del Derecho natural.

Pasando de las especulaciones de Cicerón a la labor práctica de los jurisconsultos romanos de la época clásica (que duró desde el siglo I a.c. hasta mediados del siglo III de nuestra era), observamos igualmente la influencia de la filosofía estoica. Los jurisconsultos romanos distinguían entre *jus civile*, *jus naturale* y *jus gentium*. El *jus civile* era un Derecho aplicable únicamente a los ciudadanos romanos.* *Jus gentium*

¹² *Dig.*, I, 2, 2, 41.

¹³ Cicerón, *De Republica*, trad. Keyes (Loeb Classical Library), Lib. III, 22 [trad. española en obras completas, vol. VI, en *Bibl. Clásica*; sobre Cicerón véase también, Sabine y Smith, *op. cit.*]

*Para los romanos —y en este sentido se emplea generalmente la rúbrica en esta obra— el Derecho civil es “quod quisque

era un cuerpo de normas, principios y costumbres que se aplicaban a las controversias entre partes que no eran ciudadanos, sino meramente súbditos o extranjeros.¹⁴ Era un cuerpo de reglas, costumbres y principios generales de equidad construido por la práctica de los tribunales. El jurista Gayo, que vivió a mediados del siglo II d.C., caracterizó así el *jus gentium*: "Lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos, es llamado *jus gentium*, por ser el Derecho que todas las gentes emplean."¹⁵ Es decir, consideraba los particulares usos, costumbres y principios de equidad y buen sentido que constituían el *jus gentium* romano como sinónimo de la razón natural. Es muy probable que ésta fuera la opinión general de los jurisconsultos romanos clásicos.¹⁶ Lord Bryce señaló que:

El Derecho natural representaba para los romanos lo que es conforme a la razón, al lado mejor de la naturaleza humana, a una elevada moralidad, al sentido común práctico y a la conveniencia general. Es Simple y Racional, frente a todo lo Artificial y Arbitrario. Es Universal frente a lo Nacional o Local. Es superior a todo otro Derecho porque pertenece a la humanidad como

populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est... quasi jus proprium ipsius civitatis" (*Inst.*, I, 2, 1; *Dig.*, I, 1, 9), o en otra forma "jure civili, id est, jure proprio civitatis nostrae". *Dig.*, LXI, 1, 1. [T.]

¹⁴ Antes del año 212 no se extendía la ciudadanía romana a la mayor parte de los habitantes de las provincias romanas.

¹⁵ Gayo, *Inst.*, I, 1; *Dig.*, I, 1, 9.

¹⁶ Para Ulpiano, jurisconsulto romano del siglo III d.C., el *jus naturalis* era "lo que la naturaleza enseñó a todos los animales"; no es peculiar a la especie humana, sino que pertenece igualmente a todas las criaturas (*Dig.*, I, 1, 1, 3). Se cree modernamente que esta definición, un tanto carente de sentido, no representa la opinión que prevalecía en la época clásica.

humanidad y es expresión del propósito de la divinidad o de la más elevada razón del hombre.¹⁷

Los jurisconsultos romanos encontraron estas cualidades en sus jus gentium y de ahí a concluir que el jus gentium era la expresión de principios eternos de Derecho y justicia, y por ello coincidente con el Derecho natural, no hay más que un paso.¹⁸

Elemento importante del concepto estoico de Derecho natural era el principio de igualdad. Los filósofos estoicos estaban convencidos de que los hombres eran esencialmente iguales y de que las discriminaciones entre ellos, por razón de sexo, clase, raza o nacionalidad eran injustas y contrarias al Derecho natural. Esta idea estoica de la igualdad humana ganó algún terreno en la filosofía política y la Ciencia jurídica del Imperio romano. Naturalmente, la influencia de la filosofía estoica fue meramente un elemento entre los varios que contribuyeron a la tendencia a una mayor igualdad social, que se percibe en el periodo posterior a Augusto. Pero ante el hecho de que algunos de los grandes emperadores del periodo, como Antonino Pío y Marco Aurelio, lo mismo que algunos de los jurisconsultos, como Papiniano y Paulo, estuvieron influidos por el estoicismo, no puede subestimarse la conexión causal entre esta filosofía y el desarrollo de las ideas humanitarias e igualitarias en el Imperio romano. Se hicieron varios intentos de adaptar el Derecho positivo a los postulados del Derecho natural estoico, aunque el alcance de tales tentativas se limitó a ciertas medidas específicas y no afectó al cuerpo princi-

¹⁷ Bryce, *op. cit.*, p. 589.

¹⁸ Cf. *Inst.*, I, 2, 2: "El *jus gentium* es común a todo el género humano, porque todas las gentes han establecido por sí mismas ciertas regulaciones exigidas por costumbre y necesidad."

pal ni a las instituciones más importantes del Derecho romano.¹⁹ Las instituciones más influidas por la propagación de la nueva doctrina fueron sobre todo las de la esclavitud y la familia.

Por lo que hace a la esclavitud, la idea estoica de la igualdad humana se hizo sentir en la definición de aquella que se encuentra en el *Corpus Juris*. El jurisconsulto Florentino, que enseñó en la época de Marco Aurelio y Cómodo, la definía como sigue: "La esclavitud es una institución del *jus gentium*, por la cual, contra la naturaleza, un hombre es sometido al dominio de otro."²⁰ Lo que es interesante notar en esta definición es el aserto de que la institución de la esclavitud es "contraria a la naturaleza". El supuesto subyacente en esta declaración es el de que existe un Derecho natural, con arreglo al cual todos los hombres son iguales. La misma idea aparece en el siguiente pasaje: "Por lo que hace al Derecho civil los esclavos son considerados como *nulli*; pero no ocurre lo propio con arreglo al Derecho natural, porque, por lo que toca al Derecho natural, todos los hombres son iguales."²¹ Es muy clara la influencia de las ideas estoicas en estas afirmaciones. Aunque este supuesto principio de la igualdad humana no fue llevado nunca a la práctica en el Imperio romano, puede haber sido un factor en aquellas reformas legales por las cuales se fue mejorando gradualmente el *status* de los esclavos. El filósofo estoico romano Séneca pidió con gran vigor una regu-

¹⁹ Posteriormente las ideas del cristianismo operaron también en el sentido de un mayor humanitarismo.

²⁰ *Dig.*, I, 5, 4.

²¹ *Dig.*, L., 17, 32. Véase también, *Inst.*, I, 2, 2: "Han surgido guerras y cautividades y esclavitudes, que son contrarias al Derecho natural. Por Derecho natural todos los hombres nacían originalmente libres."

lación más humana de la esclavitud y algunos de los emperadores pusieron en práctica medidas que provocaron una mejoría en la posición jurídica y social de los esclavos. El emperador Claudio decretó que un esclavo que hubiese sido abandonado por su amo, por razón de enfermedad o vejez, quedase libre. Adriano prohibió a los amos matar a los esclavos sin sentencia de un magistrado.²² Prohibió también dar tormento a los esclavos a menos que se les siguiera algún proceso y suprimió las prisiones privadas para esclavos. Prohibió además la venta de esclavos a quienes proveían de gladiadores a los circos. El emperador Antonino Pío estableció que los esclavos que hubiesen sido maltratados por sus amos podían quejarse a los magistrados; obligó también a los amos a vender los esclavos a los que hubiesen maltratado gravemente.²³ Estas medidas se debían también, en parte, a motivos económicos. Después de la pacificación del Imperio romano por Augusto comenzó a declinar el número de esclavos y se hizo necesario conservar la fuerza de trabajo de los que quedaban. Pero en todo caso fue considerable la influencia de las ideas humanitarias en todo este proceso.

Puede observarse también el desarrollo de las ideas humanitarias —atribuible en cierta medida a los con-

²² La violación de esta ley no sometía al amo a ningún castigo y por consiguiente la disposición no alcanzó gran importancia. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899), p. 617, n. 2. [Hay trad. española, *Derecho penal romano*, La España Moderna, Madrid, s. a.] Schulz, *Principles of Roman Law*, trad. inglesa Wolff (1936), p. 220.

²³ Sobre la reforma de la esclavitud, véase Buckland, *The Roman Law of Slavery* (1908), p. 37; Schulz, *op. cit.*, pp. 215-222; Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Privatrecht*, 2a. ed. (1935), p. 67; Westerman, "Sklaverei", *Pauky-Wissowas Realencyklopädie*, Supl. vol. 6, p. 1041; Pernice, *Labeo* (1873), vol. I, p. 113.

ceptos estoicos del Derecho y la igualdad naturales— en las modificaciones jurídicas de la familia romana. En primer lugar afectó al *status* legal de la esposa romana y contribuyó a su gradual emancipación del marido. En el primitivo Derecho romano el matrimonio normal iba acompañado de la *manus*: en esta forma de matrimonio la mujer quedaba sujeta al poder despótico del marido. Éste tenía sobre ella poder de vida y muerte; podía venderla o hacerla esclava. La mujer no tenía capacidad de adquirir propiedad separada. No tenía derecho a divorciarse del marido, pero éste sí podía divorciarse de su mujer. Además de este matrimonio estricto y formal había una forma libre de matrimonio (*sine manu*) en la cual la mujer conservaba su independencia personal y financiera. Pero en la Roma republicana primitiva la forma acostumbrada de vida familiar era el matrimonio *cum manu*. Toda esta situación —y con ella el *status* jurídico y social de la mujer casada— cambió en la última parte del periodo republicano y bajo el Imperio. El matrimonio *cum manu* fue remplazado cada vez con mayor frecuencia por el matrimonio libre. Ya en el último siglo de la República predominaba el matrimonio *sine manu* y aunque se conservó el matrimonio *cum manu*, pasó a ser la excepción. La *lex Julia de adulteriis*, promulgada por Augusto, abolió el poder de vida y muerte del marido sobre la mujer en el matrimonio *cum manu*. En la época de Justiniano (483-565 d.c.) el matrimonio *cum manu* había muerto y no era ya reconocido por la ley. Para todo propósito práctico, la mujer casada de la Roma imperial era independiente del marido. Éste tenía poco o ningún control sobre los actos de aquélla. La mujer podía divorciarse fácilmente y con entera libertad. En algunos aspectos estaba más emancipada de lo que —bajo las leyes de la mayor

parte de los países civilizados— lo están las mujeres de hoy.²⁴

La relación jurídica entre padres e hijos fue tomando —de modo análogo— formas más humanas, aunque este proceso se realizó de modo muy lento y gradual. El poder autocrático que tenía el *pater familias* romano sobre las personas y bienes de sus hijos no fue nunca totalmente abolido, pero fue mitigándose gradualmente por una serie de medidas legales específicas. Caracalla prohibió la venta de hijos, salvo en caso de extrema miseria. Adriano castigó los abusos del derecho del *pater familias* a matar a sus hijos. El derecho del padre a obligar a su hijo —o hija— adulto a divorciarse de una esposa —o marido— con quien había vivido en matrimonio libre, fue abolido por los emperadores Antonino Pío y Marco Aurelio. En las postrimerías del periodo imperial se estableció la obligación del padre de alimentar a sus hijos. El poder absoluto que tenía el padre de disponer de la propiedad de sus hijos adultos fue gradualmente restringido. Ya bajo Augusto los soldados que estaban bajo la *patria potestas* obtuvieron el derecho de usar independientemente de la propiedad que hubieran adquirido durante su servicio en el ejército (*peculium castrense*). En el transcurso del tiempo se fueron introduciendo otras restricciones al poder de disposición del padre.²⁵

²⁴ Sin embargo, la mujer romana no adquirió derechos políticos tales como el sufragio, ni el de ocupar cargos públicos.

²⁵ Sobre el desarrollo de las relaciones de familia en el Derecho romano véase Schulz, *op. cit.*, pp. 192-202; Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law* (1931), pp. 56-72; Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1932), pp. 112-120, 238-245; Jörs-Kunkel-Wenger, *op. cit.*, pp. 271-296; Bryce, "Marriage and Divorce", *Studies in History and Jurisprudence*, pp. 782-811.

No puede afirmarse, en modo alguno, que la influencia del Derecho natural estoico fuese el factor primario de toda esta evolución. Todo acontecimiento histórico está determinado por un gran número de causas concurrentes y entrelazadas y a menudo es muy difícil decidir la mayor o menor influencia de uno de estos factores. Todo lo que puede decirse es que muchos de los hombres destacados de la vida política y jurídica romana de la última época de la República y del periodo imperial estuvieron influidos por la filosofía estoica y que es muy probable que esa filosofía humanitaria desempeñase algún papel en las reformas jurídicas y sociales que se realizaron en esos periodos de la historia de Roma. Entre las razones sociológicas que pueden explicar, acaso, el motivo de que la semilla estoica encontrase en Roma terreno abonado, hay que tener en cuenta la tendencia a un imperio universal, que es tan marcada en la última época de la Antigüedad y que llevó a la creación del *Imperium Romanum*. El concepto estoico de un Estado mundial con una ciudadanía común y un Derecho también común, basado en la razón natural, adquirió en tales circunstancias un significado real y no utópico. La concesión de los derechos de ciudadanía a la mayor parte de los súbditos provinciales del Imperio, hecha en el año 212, significó una aproximación a la realización de una comunidad que comprendiese a toda la humanidad civilizada —frente a las pequeñas comunidades nacionales y a los Estados-ciudades de periodos anteriores. No es maravilla que en esas circunstancias los conceptos filosóficos del estoicismo —que encontraron apoyo adicional en la difusión de las ideas cristianas— ejerciesen una influencia efectiva en el desarrollo político y jurídico del Imperio romano.

22. El Derecho natural cristiano

Durante la Edad Media todos los cristianos tuvieron un mismo concepto del universo: el expuesto en el Nuevo Testamento y en las enseñanzas de los Padres de la Iglesia. La filosofía jurídica —como las demás ramas de la ciencia y el pensamiento— estuvo dominada por la Iglesia y sus doctrinas. Pero no se perdió la herencia de la Antigüedad. La concepción de la naturaleza del Derecho que tuvo la Iglesia sufrió una fuerte influencia de los pensadores griegos —especialmente Aristóteles y los estoicos— y de los jurisconsultos romanos. Tomó el concepto del Derecho natural de los estoicos y los juristas romanos que lo habían puesto a prueba en la teoría del *jus gentium*. Pero el concepto de Derecho natural fue adaptado a las doctrinas de la Iglesia cristiana. El Derecho natural fue aislado de su íntima conexión con el universo físico y trasplantado a la esfera espiritual, convirtiéndose en un Derecho divino manifestado por la revelación. En cuanto tal, se contraponía el Derecho humano. San Isidro de Sevilla, eclesiástico del siglo VII, cuyas opiniones fueron parcialmente incorporadas al *Decretum Gratiani* —la parte más antigua del Corpus Juris Canonici— dice: “Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas se fundan en la naturaleza, las humanas en las costumbres; y éstas difieren entre sí porque los distintos pueblos han preferido distintas leyes.”²⁶ La Iglesia suponía que las reglas del Derecho natural eran anteriores a la organización del Estado y que ostentaban el carácter de verdaderas normas jurídicas. Se consideraban como superiores a las normas

²⁶ *Corpus Juris Canonici*, ed. Friedberg, Parte I, Distinctio Prima, C. 1.

del Derecho positivo —eclesiástico o secular— y obligatorias tanto para el Papa como para los gobernantes seculares.

Ernst Troeltsch ha mostrado en un interesante estudio la forma en que los Padres de la Iglesia tomaron de los estoicos la distinción entre Derecho natural absoluto y relativo, adaptándola a las enseñanzas de la religión cristiana.²⁷ Para ellos el Derecho natural absoluto significaba el Derecho ideal, que hubiera seguido imperando, de no haberse viciado la naturaleza humana pura con el pecado original. Con arreglo al Derecho natural absoluto, todos los hombres eran iguales y poseían todas las cosas en común; no había gobierno del hombre sobre el hombre, ni dominio de los amos sobre los esclavos. Los hombres convivían en comunidades libres bajo el imperio del amor cristiano. El Derecho natural relativo era, por el contrario, un sistema de principios jurídicos adaptados a la naturaleza humana, modificada por la Caída. Del pecado original derivó la obligación del trabajo y con ello la institución de la propiedad. La aparición de la pasión sexual después del pecado, exigió las instituciones del matrimonio y la familia. Del crimen de Caín surgió la necesidad del Derecho y de la pena. La fundación del Estado por Nemrod fue el comienzo del gobierno. La confusión de lenguas que se produjo cuando los hombres trataron de construir la Torre de Babel motivó la división de la humanidad en naciones distintas. El ultraje de Cam sirvió como justificación de la institución de la esclavitud. Así la propiedad privada, el matrimonio, el Derecho, el gobierno

²⁷ Troeltsch, *op. cit.*, vol. I (1923), pp. 146-178; vol. IV, pp. 127-129, 176-180, 724-733. Las conclusiones a las que llega Troeltsch coinciden con las de Carlyle, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, vol. I (1903). Cf. también, *supra*, Sec. 20.

y la esclavitud se convirtieron en instituciones legítimas del Derecho natural relativo. Pero los Padres de la Iglesia enseñaban que era preciso intentar siempre aproximar el Derecho natural relativo al ideal del Derecho natural absoluto. La institución a la que correspondía esta difícil tarea era la Iglesia. Se esperaba que la jerarquía sacerdotal de la Iglesia católica viviese en acuerdo pleno y absoluto con el ideal cristiano expresado en el Sermón de la Montaña, en tanto que la masa de los fieles podía limitarse a cumplir los preceptos del Derecho natural relativo. Con esta solución aristocrática trató la Iglesia de lograr una transacción entre los ideales originarios del cristianismo y los duros hechos de la realidad. Hay que notar que, en el curso de los siglos, el centro de la discusión de la teoría jurídica medieval se deslizó cada vez más del Derecho natural absoluto al relativo.

En la doctrina de San Agustín (354-430) desempeñan un papel importante los postulados del Derecho natural absoluto. El gobierno, el Derecho, la propiedad, la civilización toda, son producto del pecado. La Iglesia, como guardián de la ley eterna (*lex aeterna*) de Dios, puede inferir, cuando lo juzgue oportuno, en esas instituciones hijas del pecado. Tiene una soberanía incondicionada sobre el Estado. La justificación de éste reside únicamente en la necesidad de mantener la paz en la tierra. Tiene que defender a la Iglesia, ejecutar lo que ésta pida y mantener el orden entre los hombres, aplicando la ley terrena (*lex temporalis*). El Derecho positivo debe tratar de llenar las demandas de la ley eterna. Si contiene disposiciones claramente contrarias a la ley de Dios, esas normas no tienen vigencia y no deben ser obedecidas. Pero a pesar de sus esfuerzos por realizar los postulados de la *lex aeterna*, la ley terrena, que es una transacción con la realidad,

no logrará nunca la perfección de aquélla. En algún tiempo venidero —esperanza San Agustín— la *civitas* terrena —la comunidad política mundana— será remplazada por la *Civitas Dei* —la *Ciudad de Dios*—. En esta comunidad, que es la de todos los fieles y creyentes, reinará eternamente la ley de Dios.

Novecientos años más tarde la doctrina de Santo Tomás de Aquino (1226-1274) concede de mejor grado la necesidad de una transacción de los ideales cristianos con los hechos de la realidad, expresada en el concepto del Derecho natural relativo. Con su obra alcanza su punto culminante la filosofía del catolicismo medieval. El monumental sistema tomista representa una ingeniosa síntesis del dogma teocrático y escriturario cristiano con la filosofía aristotélica. Las opiniones de Santo Tomás sobre cuestiones jurídicas y políticas muestran especialmente la influencia del pensamiento aristotélico, adaptado a las doctrinas del Evangelio y los Padres de la Iglesia e integrado en un imponente sistema de pensamiento. Santo Tomás distingue cuatro clases de ley: eterna, natural, divina y humana.

La ley eterna (*lex aeterna*)²⁸ es la “razón del gobierno del Universo existente en el Gobernante Supremo”. Es la divina sabiduría que dirige todos los movimientos y acciones del Universo. Todas las cosas sujetas a la Divina Providencia son reguladas y medidas por la ley eterna. En su integridad sólo Dios la conoce. Ningún ser humano puede conocer la ley eterna tal como es, “salvo los bienaventurados que ven la esencia misma de Dios”.²⁹

²⁸ *Summa theologiae*, trad. inglesa de los Padres Dominicos de la provincia de Inglaterra, Parte II (Primera Parte), Quaestio 93, Art. 3.

²⁹ *Ibid.*, O. 93, Art. 2.

Pero aunque ningún ser humano puede conocer la ley eterna en toda su verdad, puede participar en ella de algún modo, por medio de la facultad de la razón de que Dios le ha dotado. Esta participación de la criatura humana en la ley eterna es denominada por el Aquinatense la ley natural (*lex naturalis*).³⁰

Es meramente un reflejo incompleto e imperfecto de los dictados de la razón divina, pero permite al hombre conocer siquiera alguno de los principios de la ley eterna. La ley natural es la única concepción que tienen los hombres de las intenciones de Dios. Les da la posibilidad de distinguir entre bien y mal, y por esta razón debe ser la guía y medida inmutable e invariable de la ley humana. El precepto básico del Derecho natural es que debe hacerse el bien y evitarse el mal. La razón humana aprehende como "buenas" todas las cosas a que el hombre tiene inclinación natural. Hay, primero, una inclinación natural a la propia conservación, por virtud de la cual el hombre puede tomar las medidas conducentes a conservar su vida. En segundo término, hay una inclinación natural de la humanidad a criar y educar a los hijos. En tercer lugar, el hombre tiene una inclinación natural a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad, inclinación que lleva a huir de la ignorancia y a no ofender al prójimo.³¹ El hombre está obligado también a no hacer daño a nadie. Por ende, el asesinato, el adulterio, el robo y la difamación son contrarios a los postulados elementales de justicia natural. La justicia exige sobre todo dar o dejar a cada uno lo que se le debe.³²

La ley natural consiste en principios bastante generales y abstractos; tiene que completarse con direc-

³⁰ *Ibid.*, Q. 91, Art. 3.

³¹ *Ibid.*, Q. 94, Art. 2.

³² *Ibid.*, Q. 122, Art. 6.

ciones más particulares dadas por Dios acerca de cómo deben conducirse los hombres. Esta función la realiza la ley divina (*lex divina*), que es la revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras y que está recogida en el Antiguo y en el Nuevo Testamento.

La última clase de ley es la *ley humana* (*lex humana*); Santo Tomás la define como “una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad”.³³ La ley humana es así un acto volitivo del poder soberano del Estado, pero para ser ley tiene que ser conforme a la razón.³⁴ Si contradice a algún principio fundamental de justicia no será ley, sino una perversión de la ley. Siguiendo a Aristóteles, llama justas a aquellas normas jurídicas encaminadas a conseguir el bien del cuerpo político. Para lograr ese resultado, el gobernante temporal tiene que esforzarse por observar aquellos principios de la ley eterna que se reflejan en la ley natural. Una ley arbitraria, onerosa, que prescriba la idolatría, que no conduzca al bien común o que exceda de los límites de la potestad del legislador, es injusta y no obliga en conciencia a obedecerla, salvo para evitar escándalo o mal mayor.³⁵ Santo Tomás no parece reconocer un derecho de resistencia por parte de los súbditos contra un gobernante injusto, salvo en el caso de que el gobernante infrinja algún mandato de la ley divina. Cree, sin embargo, que la autoridad civil es responsable ante la Iglesia en todas las cuestiones que se refieran a lo sobrenatural y a la *lex aeterna* de la que la Iglesia es custodia.

La parte más importante de la filosofía jurídica tomista es la teoría de la ley natural. Es un primer

³³ *Ibid.*, Q. 90, Art. 4.

³⁴ *Ibid.*, Q. 90, Art. 1.

³⁵ *Ibid.*, Q. 96, Art. 4.

intento de secularizar, al menos parcialmente, la idea cristiana de un Derecho natural divino. En opinión de Santo Tomás la ley natural es expresión de la voluntad divina. Pero esta voluntad ha sido dada a conocer al hombre no sólo por la revelación divina, sino por la propia razón humana. Esta doctrina preparó el camino para la racionalización del Derecho natural y su emancipación de la teología en los siglos siguientes.

Cuando comparamos la ley natural tomista con el Derecho natural clásico de los siglos XVII y XVIII³⁶ vemos que este último es más específico en sus principios y demandas. La ley natural escolástica de Santo Tomás es bastante vaga y general. No se han puesto aún plenamente de manifiesto los aspectos típicos del derecho como instrumento independiente de control social. La ley natural tomista se agota en el establecimiento de algunos postulados generales de moralidad religiosa y social, dejando sus determinaciones específicas al legislador.

Este concepto de la ley natural ha sido resucitado en nuestros días por los expositores del pensamiento "neotomista", que tratan de superar el individualismo racionalista del Derecho natural clásico y sus consecuencias políticas y sociales, mediante un retorno a las ideas —más colectivistas— de la ley natural del medievo.³⁷

³⁶ Véase cap. siguiente.

³⁷ Véase, *infra*, Sec. 33.

VII. LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL

23. *Introducción*

DURANTE la Edad Media el centro de la vida toda de Europa fue la Iglesia. Controlaba la educación y la ciencia; la más importante de las ciencias era la teología. Sólo por revelación divina podía el hombre conocer la voluntad de Dios y la revelación estaba reservada exclusivamente a la Iglesia. Si el hombre quería lograr acceso a Dios, no podía alcanzarlo más que gracias a la mediación de una jerarquía sacerdotal. Si la razón humana trataba de apoyarse en sus poderes propios, encontraba cerradas las puertas. El conocimiento emanaba sola y exclusivamente de las fuentes del dogma cristiano.

Fue esta pretensión totalitaria de la Iglesia lo que atacó el protestantismo del siglo xvi. La religión protestante aceptaba la afirmación bíblica de que ante Dios todas las almas tienen igual valor y sacaba la conclusión de que todo el mundo tenía acceso inmediato a Dios y no necesitaba la mediación de un sacerdote. El protestantismo sostenía aún la concepción teológica de que es Dios quien gobierna al mundo; pero concedía al individuo un grado mayor de libertad de pensar; le permitía formarse su propia opinión de las intenciones de Dios y de las leyes y principios con arreglo a los cuales dirigía Aquél el destino de la humanidad.

El ataque contra la jerarquía, comenzado en el siglo xvi, iba dirigido contra el orden espiritual del catolicismo a la vez que contra el orden terreno del feudalismo. Irrumpió por todas partes un espíritu de individualismo y liberalismo. En el campo económico dirigió su fuerza contra el sistema económico feudal, contra la servidumbre, los gremios y otras manifestaciones de coacción medieval. En el terreno de la política produjo una lucha contra la nobleza feudal y sus privilegios. En el dominio del Derecho encontró su expresión más importante en la doctrina de la escuela del Derecho natural, que había de modelar el destino del Derecho durante largo tiempo.

Del mismo modo que la teología protestante aceptaba que podía emplearse la razón humana para discernir los caminos y las intenciones de Dios, la escuela del Derecho natural sostuvo que se podía descubrir el Derecho por medio de la razón y sólo por ella. Los defensores del Derecho natural en la época clásica de la doctrina,¹ creían que había un cuerpo de Derecho eterno e inmutable que la razón humana podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad y que sólo a causa de las supersticiones teológicas de la Edad Media había dejado la humanidad de reconocer y aplicar esas leyes eternas en los siglos precedentes.

¿En qué consistía ese Derecho eterno y natural? Su precepto fundamental era que el hombre nace libre e independiente. No vivía originariamente en sociedad, pero había hecho un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad. Por este contrato transfería a la sociedad cierta clase de sus dere-

¹ Puede decirse que el Derecho natural clásico cubre el periodo que va desde Grocio hasta Kant y Fichte, extendiéndose así a lo largo de los siglos xvii y xviii.

chos y su libertad, y la sociedad, a su vez, le garantizaba la protección de su vida y propiedad contra la invasión de otros individuos. Los derechos básicos del individuo —es decir, gozar de la vida, la libertad y la propiedad— no debían ser disminuidos por la sociedad, porque esos derechos los había conferido Dios al hombre y eran anteriores a toda sociedad. Son derechos inalienables, “naturales”.

Lo anterior es un resumen de la doctrina clásica del Derecho natural en su forma más desarrollada y madura. Antes de llegar a ella pasó por muchas etapas y hay muchas versiones diferentes de la teoría. Además, la doctrina del Derecho natural encontró desde el principio un fuerte rival en otra doctrina, que en algunos aspectos era producto de las mismas fuerzas políticas, económicas y sociales que contribuyeron a su nacimiento. Se trata de la doctrina de la razón de Estado, que recibió su formulación más influyente en los escritos del filósofo político italiano Nicolás Maquiavelo (1469-1527). Maquiavelo glorificó la omnipotencia del Estado y subordinó enteramente los principios éticos y morales en la vida pública a las necesidades políticas del Estado. Con ello se convirtió en principal defensor de la política de poder.

Para comprender la doctrina de la razón de Estado, en su significación histórica, hay que tener en cuenta que la emancipación del individuo en el continente europeo fue contemporáneo de la aparición de los Estados nacionales soberanos e independientes que trataban de emanciparse del imperio medieval universal, dominante aún en gran parte de Europa. Esta emancipación fue parte de la lucha contra el feudalismo y las pretensiones totalitarias de la Iglesia. Los Estados nacionales en proceso de ascensión estaban en su mayor parte gobernados por monarcas absolutos que

pretendían libertad de acción política con objeto de establecer y robustecer el poder y prestigio de sus Estados. La doctrina de la soberanía, minuciosamente elaborada por Juan Bodino (1530-1597),² les ofreció un arma contra las pretensiones del Sacro Romano Imperio universal y contra los demás Estados; a la vez la doctrina de la razón de Estado —que trataba de subordinar al individuo a las necesidades del Estado— les ofrecía un arma contra sus propios nacionales. Todos los pensadores políticos europeos tuvieron que conciliar de alguna manera las pretensiones de la doctrina del Derecho natural —que defendía los derechos del individuo—, con los postulados de la doctrina de la razón de Estado —que trataba de proteger los derechos del Estado—. Puede decirse, de modo general, que en la Europa occidental y en los Estados Unidos triunfó la doctrina del Derecho natural, en tanto que en la Europa central prevaleció a menudo la doctrina de la razón de Estado, aunque no llegó a derrotar completamente las alegaciones de la escuela del Derecho natural. Las diferencias entre los teóricos de la Política y el Derecho en los siglos xvii y xviii pueden explicarse generalmente haciendo referencia a los esfuerzos realizados para tratar de combinar y conciliar la doctrina de la razón de Estado con la teoría del Derecho natural.

Pueden distinguirse tres periodos en el desenvolvimiento de la escuela del Derecho natural. En líneas generales corresponden a tres etapas sucesivas del desarrollo social, económico e intelectual de la época. La primera etapa del proceso de emancipación de la teología medieval y el feudalismo, que se produjo después del Renacimiento y la Reforma, la señalan el pro-

² Sobre Bodino, véase, *supra*, Sec. 14.

testantismo en la esfera de la religión, el absolutismo ilustrado* en el dominio de la política y el mercantilismo en el campo de la economía. A esta época —que duró más tiempo en Alemania que en los países occidentales de Europa— corresponden **las teorías de Grocio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Wolff**. Es rasgo característico de esta teoría que la garantía última de la aplicación del Derecho natural resida meramente en la prudencia y automoderación del gobernante. La segunda época —que comienza aproximadamente con la Revolución puritana de 1649— está caracterizada por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo de la política y la filosofía. A este periodo corresponden las opiniones de Locke y Montesquieu. La tendencia dominante de esta época era garantizar los derechos naturales de los individuos contra las invasiones indebidas por parte de los gobernantes, mediante una separación de poderes. La tercera época está señalada por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia. El Derecho natural queda confiado a la voluntad general del pueblo. El representante más destacado de esta etapa de la doctrina fue Rousseau, cuyas teorías políticas ejercieron una gran influencia en el pensamiento de Kant. Este tercer estadio del desarrollo de la escuela del Derecho natural ejerció una influencia profunda en el desarrollo político de Francia, en tanto que la segunda forma de la escuela del Derecho natural predominó en los Estados Unidos.

* Empleo la rúbrica "absolutismo ilustrado" porque es la que usa el autor en varias páginas. Sólo en una (cap. IX, § 37) utiliza la —más corriente— de "despotismo ilustrado". [T.]

24. *El Derecho natural garantizado por el gobernante*

Los representantes más destacados de la primera etapa del desarrollo de la escuela del Derecho natural son Grocio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Burlamaqui y Wolff.

Hugo Grocio (1583-1645) preparó el terreno para la doctrina clásica del Derecho natural, separando la Ciencia del Derecho de la teología y la religión. Creía, como los estoicos, que hay un Derecho natural que tiene su fuente en la naturaleza del hombre. Este Derecho existiría aunque no hubiese Dios, o aunque no se ocupase de los asuntos humanos.³ Estaba firmemente arraigado en la cualidades racionales del hombre. Estas cualidades racionales —decía Grocio— encontraban clara expresión en el impulso social del hombre (*appetitus societatis*). Rechaza el supuesto de Carneades de que el hombre se ve impelido por la naturaleza a buscar únicamente su ventaja personal, creyendo que hay una sociabilidad innata de los seres humanos que les permite convivir pacíficamente en sociedad. Todo lo que era conforme a ese impulso social y a la naturaleza del hombre como ser racional, era bueno y justo; todo lo que se opusiese —perturbando la armonía social— era malo e injusto. Grocio definía el Derecho natural como “un dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza (*turpitudinem*) moral”.⁴ En esta definición del Derecho natural que-

³ Grocio, *De jure belli ac pacis*, trad. inglesa Kelsey (1925), Proleg. 9-11. [Hay trad. española, Col. “Clásicos Jurídicos”, Madrid, 1925.]

⁴ *Ibid.*, Lib. I, 1, 10, 1.

da divorciado de la revelación divina y de la voluntad de Dios,⁵ pero aparece aún íntimamente unido a la moralidad. Empero, esta moralidad tiene ya un fuerte tinte individualista; es primordialmente la moralidad de un individuo independiente que respeta la esfera del derecho de los demás. Para Grocio los principales postulados del Derecho natural son los siguientes: abstenerse de lo que pertenece a otros; conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a otras personas; indemnizar por cualquier daño causado culpablemente a otro; e infligir castigo a los hombres que lo merecen.⁶ Estos postulados corresponden —en líneas generales, aunque no enteramente— a aquella forma de justicia que Aristóteles había denominado justicia correctiva.⁷ Es la justicia del Derecho privado, que consiste principalmente en el reconocimiento y aplicación de los derechos de propiedad y los contratos y la compensación por daños y perjuicios.

Grocio oponía al Derecho natural el "Derecho voluntario", cuyas reglas no podían ser deducidas de principios inmutables por un procedimiento claro de razonamiento y que tenía su única fuente en la voluntad del hombre. En el Derecho internacional —a cuyo estudio dedicó Grocio la parte principal de sus esfuerzos— había una combinación de ambas formas de Derecho. El Derecho natural consistía para él en aquellas reglas que han sido aceptadas como obligatorias por muchas o todas las naciones, pero tenía sus raíces más profundas en los principios naturales de la vida social del hombre, a saber los principios de Derecho natural.

⁵ *Ibid.*, Lib. I, 1, 10, 5, "El Derecho natural es inmutable; ni el mismo Dios puede cambiarlo".

⁶ *Ibid.*, Proleg. 8.

⁷ Véase, *supra*, Sec. 10.

Grocio definía el Estado como “una asociación perfecta de hombres libres, asociados para gozar de sus derechos y para utilidad común”.⁸ Se originaba por un contrato, pero generalmente el pueblo había transferido su poder soberano a un gobernante, que lo adquiriría como derecho privado suyo y cuyas acciones no estaban sometidas a control jurídico.⁹ Sin embargo, el gobernante estaba obligado a observar los principios de Derecho natural y de gentes. Si abusaba de su poder, los súbditos no tenían, por regla general, derecho a rebelarse contra él. Sólo en casos excepcionales de usurpación o flagrante abuso de poder estaba Grocio dispuesto a reconocer el derecho de resistencia.¹⁰ En su opinión los principios del Derecho natural quedan confiados, en última instancia, al cuidado benévolo de un gobernante soberano que ordinariamente no está sometido a ningún control por parte de sus súbditos.

Más precaria aún es la situación del Derecho natural en la doctrina del gran pensador inglés Thomas Hobbes (1588-1679). Parte de supuestos totalmente distintos a los de Grocio. En tanto que este último creía que el hombre es, esencialmente, un ser social y gregario, Hobbes pretendía que era íntimamente egoísta y malvado. En estado de naturaleza —decía— todos los hombres estaban en guerra contra todos los demás (*bellum omnium contra omnes*). La única medida de

⁸ *Op. cit.*, Lib. I, 1, 14, 1.

⁹ *Ibid.*, Lib. I, 3, 7-12.

¹⁰ Por ejemplo si un gobernante que según las normas fundamentales es responsable ante el pueblo, obra contra el Derecho y el Estado (I, 4, 8) o si el rey ha abdicado o perdido su poder soberano (I, 4, 9) o si enajena su reino (I, 4, 10) o se muestra enemigo de todo el pueblo (I, 4, 11) o, en ciertos casos, si ha usurpado su poder (I, 4, 15-19).

lo justo era el provecho, ya que todos los hombres tenían un derecho igual a todas las cosas. Debido a la igualdad de los hombres,¹¹ esta situación de guerra continua habría durado eternamente si el instinto humano de la propia conservación no hubiese inventado ciertos medios de acabar con este desgraciado estado de naturaleza. El poder de la razón inherente al hombre le enseñó que el logro y mantenimiento de la paz era la meta más digna de sus propósitos y esfuerzos. Hobbes llamó Derecho natural al cuerpo de principios que la razón humana imaginó para hacer la vida pacífica y segura. "El Derecho natural que puedo definir —dijo— es el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros."¹² Su ley primera y fundamental exige que se busque la paz allí donde pueda encontrarse. De esta primera ley derivaba Hobbes una serie de preceptos específicos.¹³

¹¹ Hobbes suponía que había un paralelo entre el mundo físico del universo, compuesto de átomos iguales y el mundo de la vida humana, compuesto de individuos iguales, de fuerza semejante (cf. *supra*, Sec. 3).

¹² Hobbes, *Philosophical Rudiments concerning Government and Society* (conocido como *De Cive*), *Works*, ed. Molesworth (1841), vol. II, cap. 2, 1.

¹³ Los siguientes son preceptos de Derecho natural: celebrar contratos y atenerse a lo pactado (*op. cit.*, cap. 3, 1); no mostrar ingratitud (cap. 3, 8), hacerse útil a los demás (cap. 3, 9); no odiar ni escarnecer a otro (cap. 3, 13); considerar a todo hombre como igual a otro (cap. 3, 13); mostrar equidad y respeto a los demás (cap. 3, 15); usar en común las cosas que no pueden ser divididas (cap. 3, 19). En otro pasaje Hobbes afirma ser una ley natural que los hombres puedan traficar y comerciar entre sí sin discriminaciones (*Elements of Law*, ed. Tönnies, 1928, Parte I, cap. 16, 12). Todas estas leyes son eternas e inmutables (*De Cive*, cap. 3, 29) e idénticas a las leyes divinas y morales (*De Cive*, cap. 3, 31, cap. 4, 1).

No puede aplicarse con seguridad el Derecho natural mientras continúe el estado de guerra de todos contra todos y todo el mundo conserve su derecho a todas las cosas. Para asegurar la paz y hacer que se aplique el Derecho natural —decía Hobbes— sería necesario que los hombres hiciesen un contrato mutuo por virtud del cual cada hombre aceptase transferir todo su poder y derechos a un hombre o asamblea de hombres, con la condición de que todos los demás hiciesen lo mismo.¹⁴ El poder así constituido¹⁵ debe ser —según Hobbes— omnipotente para que pueda realizar su tarea de mantener la paz y el orden y proteger a los hombres contra los ataques de sus semejantes. Tal poder no debe estar obligado a cumplir las leyes civiles por él promulgadas; no debe ser responsable ante los ciudadanos; y éstos no tienen derecho a resistir los mandatos de poder soberano.¹⁶ Sin embargo Hobbes no cree que la omnipotencia del soberano excluya la existencia para él de grandes obligaciones de cuyo cumplimiento es responsable ante Dios “bajo pena de muerte eterna”.¹⁷ El deber supremo del gobernante —dice Hobbes— es garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo y hacer aplicar los principios del Derecho natural. En el cumplimiento de este deber puede conceder un cierto grado de libertad “innocua” a los súbditos. Habrá “infinitas cosas que no están mandadas ni prohibidas, sino que todo

¹⁴ Hobbes, *Leviatán* [ed. española, trad. M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940], Parte II, cap. 17.

¹⁵ Hobbes llama a Leviatán Dios mortal; *Leviatán*, Parte II, cap. 17.

¹⁶ Pero si el soberano ha perdido la capacidad de desempeñar su función de proteger a los ciudadanos, los ciudadanos quedan absueltos de su deber de lealtad hacia él (*Leviatán*, Parte II, cap. 21).

¹⁷ *Elements of Law*, Parte II, cap. 9, 1.

hombre puede hacer o no hacer, según le parezca".¹⁸ Debe concederse a cada hombre una cierta cantidad de propiedad. Se debe permitir a los hombres que compren y vendan y contraten entre ellos, y que elijan su profesión. No deben imponerse a los ciudadanos penas que no puedan prever. Y todo hombre debe gozar sin temor de los derechos que las leyes le conceden.¹⁹

Hobbes defendió en sus doctrinas políticas y jurídicas una forma de gobierno que puede ser calificada de "absolutismo ilustrado" y que había de prevalecer en muchos países de Europa en el siglo XVIII.²⁰ La base sociológica de su filosofía era una comunidad formada por individuos iguales, que poseían propiedad privada, vivían del producto de su trabajo y regulaban sus relaciones mutuas por vía contractual, protegidos en su vida y posesiones por un gobierno fuerte. No se reconocen aún la vida, la libertad y la propiedad como "derechos inalienables", inmunes frente a toda interferencia gubernamental; están sujetos a una regulación benévola por parte del gobierno. A pesar de este hecho, es posible discernir en la teoría del Derecho natural de Hobbes y en su filosofía de los deberes del gobernante elementos claramente individualistas y liberales.²¹ Se trata de un liberalismo cuya realiza-

¹⁸ *De Cive*, cap. 13, 15-16.

¹⁹ *Ibid.*, cap. 13, 16-17; *Elements of Law*, Parte II, cap. 9, 4-5; *Leviatán*, Parte II, cap. 21.

²⁰ Véase Tönnies, *Thomas Hobbes*, 3a. ed. (1925), p. 222 [hay trad. española de Eugenio Ímaz, Rev. de Occidente, Madrid, 1932]; Meinecke, *Idee der Staatsräson* (1925), p. 265.

²¹ Capitant está en lo cierto cuando niega que Hobbes sea el padre espiritual del Estado totalitario colectivista del siglo xx. Cf. Capitant, "Hobbes et l'état totalitaire", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* (1936), núms. 1-2, p. 46. El *Leviatán* de Hobbes es el Estado de Federico el Grande o de Napoleón, pero no el de Hitler o Mussolini.

ción se confía al monarca absoluto “ilustrado”. Ha de ser fiel guardián del Derecho natural. Ha de asegurar la vida, propiedad y felicidad de sus súbditos; el bienestar de éstos, y no el propio engrandecimiento, debe constituir su máxima preocupación. Pero no está ligado por ningún freno legal en el ejercicio de sus funciones. Así, pues, a los efectos prácticos, el Derecho natural de Hobbes no es nada más que una guía moral para el soberano, en tanto que, en sentido propio, el Derecho consiste en los mandatos del soberano.²² Por ello no es injusto calificar —como se ha hecho— a Hobbes de precursor del moderno positivismo y de la jurisprudencia analítica.

Se han comparado a menudo las teorías jurídica y política de Hobbes con las del gran filósofo Baruch Spinoza (1632-1677). Hay, ciertamente, señaladas semejanzas, pero hay también divergencias entre ambas filosofías. Spinoza creía, como Hobbes, que el hombre en estado de naturaleza está gobernado, no tanto por la razón, cuanto por el deseo y la voluntad de poder. Según Spinoza, en estado de naturaleza el derecho de un individuo se extiende hasta donde llega su poder.

Todo individuo tiene un derecho soberano a todo lo que está en su poder; en otros términos, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega el poder determinado que le pertenece. Y siendo la ley suprema

²² Véase Hobbes, *Leviatán*, Parte II, cap. 26, 4. En opinión de Hobbes el Derecho natural deviene parte del Derecho civil de todos los países. Es la filosofía moral que subyace en las disposiciones legislativas del Estado. Pero para los ciudadanos la fuerza obligatoria de esas disposiciones deriva de la voluntad del poder soberano. Bentham y Austin, que reconocían como única fuente de Derecho el mandato del soberano, construyeron sobre esta doctrina. Véase, *supra*, Sec. 12.

de la naturaleza que cada cosa se esfuerce por mantener su estado tal como en ella se encuentra, sin tener en cuenta ninguna otra cosa salvo ella misma, se sigue que cada individuo tiene un derecho soberano a perseverar en su estado, es decir —como ya he afirmado— a existir y comportarse en la forma como está naturalmente determinado.²³

No hay pecado, no hay justicia ni injusticia, mientras los hombres vivan bajo el solo influjo de la naturaleza. Pero esta situación tiene que llevar a la lucha y al desorden, porque los hombres, en su deseo de aumentar su poder individual y de satisfacer sus pasiones, tienen necesariamente que chocar unos con otros. En el estado de naturaleza habrá siempre odio, envidia y guerra. Los hombres tienen que intentar superar esa situación. Descubrirán que, si se combinan entre sí, dispondrán de un poder mucho mayor, incluso individualmente, porque ya no será necesario que cada uno tenga miedo constante a su vecino, ni que esté perpetuamente en guardia frente a sus enemigos. Así, el poder de la razón inherente a los seres humanos les lleva a abandonar el estado de naturaleza y a ordenar sus vidas de modo pacífico y racional. Se combinarán formando un Estado y establecerán un gobierno cuya función primaria es conservar la paz y la seguridad de las vidas de quienes se hayan sometido a su autoridad.

Hasta aquí la doctrina de Spinoza coincide en líneas generales con la de Hobbes. Pero sus caminos se separan cuando expresan sus opiniones acerca del alcance de las funciones gubernamentales y de la mejor forma de gobierno. Para Hobbes la función del gobierno

²³ Spinoza, *Tractatus theologicus-politicus*, trad. inglesa Elwes (1895), cap. 16.

se agota en el mantenimiento de la paz y la seguridad y la concesión a los ciudadanos de una "libertad inocua" que no incluye el derecho de libertad de palabra, ni siquiera la de pensamiento.²⁴ Por el contrario, Spinoza considera la libertad como la más alta finalidad del gobierno.²⁵ Así dice:

El fin del Estado no es —repito— hacer pasar a los hombres de la condición de seres racionales a la de brutos o autómatas, sino que, por el contrario, ha sido instituido para que sus almas y sus cuerpos desarrollen sus funciones con seguridad y para emplear su razón libremente; para que no muestren odio, cólera o astucia y se traten sin malevolencia.²⁶

En su opinión, un buen gobierno otorgará libertad de palabra a todos sus ciudadanos y no intentará controlar sus opiniones y pensamientos. Gobernará según los dictados de la razón y se abstendrá de oprimir a sus súbditos. Aunque no le guíe un motivo superior, el mero deseo de su propia conservación inducirá al gobierno a seguir tal curso. Porque el derecho del soberano, al igual que el derecho de un individuo en estado de naturaleza, se extiende hasta donde llega su poder y ese poder será efímero si no se apoya en la moderación y en la sana razón y en el consentimiento de los ciudadanos. "Nadie puede conservar mucho tiempo un poder de violencia."²⁷ En opinión de Spinoza los límites del poder soberano no los establece ninguna norma jurídica que lo restrinja, sino el poder de la multitud o el propio interés —bien entendido—

²⁴ Cf. Hobbes, *Elements of Law*, Parte II, cap. 9, 8.

²⁵ Spinoza, *op. cit.*, cap. 20.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, cap. 16 (citando a Séneca).

del gobierno. En este sentido puede decirse que el soberano de Spinoza está limitado por el Derecho natural; al dejar de lado un dictado de la razón, el gobierno viola una ley de la naturaleza —la de su propia conservación—. En otros términos, en la doctrina de Spinoza, el Derecho natural coincide con aquellas limitaciones al poder soberano que resultan del poder de la multitud o de la razonable comprensión por el gobierno de sus propios intereses.²⁸

Por lo que hace a la mejor forma de gobierno, Spinoza creía, al contrario que Hobbes, que la democracia o una forma moderada de aristocracia constitucional era preferible a la monarquía. Sus estudios sobre la naturaleza de la democracia, comenzados en el último capítulo del *Tractatus theologicus-politicus*, quedaron desgraciadamente sin acabar a causa de su temprana muerte.

Samuel Pufendorf (1632-1694) tomó una posición intermedia entre las adoptadas por Grocio y Hobbes. Coincidió con el último en que el hombre está muy influido en sus motivaciones por el egoísmo y en que hay cierto grado de maldad y agresividad inherente a su naturaleza. Pero creía, a la vez, como Grocio, que hay también en el hombre una fuerte inclinación a asociarse con otros hombres y a convivir con ellos en comunidad sociable y pacífica. Ambas inclinaciones coexisten —para Pufendorf— en el alma humana y ambas le son dadas por la naturaleza. El Derecho natural es expresión de ese doble carácter de la naturaleza humana. Reconoce el hecho de que la naturaleza ha recomendado al hombre el amor de sí mismo, pero toma también en cuenta el hecho de que ese amor

²⁸ Cf. Spinoza, *Tractatus theologicus-politicus*, trad. inglesa Elwes (1895), cap. 4, 4; cap. 3, 7; cap. 3, 9 y cap. 17.

de sí mismo está templado por el impulso social del hombre. De acuerdo con esos dos aspectos de la naturaleza humana, hay dos principios fundamentales en el Derecho natural. El primero ordena al hombre, en la medida en que sea posible, proteger su vida y sus miembros y conservarse él y su propiedad. La segunda ley pide que no perturbe la sociedad humana o, en otras palabras, que no haga nada de lo que pueda resultar una menor tranquilidad para la sociedad. Esos dos principios del Derecho natural pueden combinarse e integrarse en un solo precepto fundamental, que Pufendorf formula como sigue: "Que cada uno trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres."²⁹

Del segundo principio fundamental de Derecho natural deriva Pufendorf el siguiente e importante postulado jurídico: "Que nadie se conduzca hacia otra persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos."³⁰ Esta norma de Derecho natural, que se divide en una serie de reglas especiales,³¹ expresa el principio de igualdad jurídica, que Pufendorf subraya con mucha frecuencia. Es esencial —dice— que todo el mundo practique la norma que ha establecido para los demás. La obligación de mantener y cultivar la sociabilidad obliga igualmente a todos los hombres y ninguno puede violar los dictados del Derecho natural.

²⁹ Pufendorf, *Elementa Jurisprudentiae*, trad. Oldfather (1931), Lib. II, Observ. IV, 4.

³⁰ *Op. cit.*, Lib. II, Observ. IV, 23; cf. Pufendorf, *De Officio*, trad. inglesa Moore (1927), Lib. I, cap. 7, 1.

³¹ Por ejemplo la norma de no dañar el cuerpo de otro; no violar la castidad de una mujer contra su voluntad; no usurpar la propiedad de otra persona; no quebrantar una promesa; indemnizar los daños producidos por culpa propia, etc. *Elementa Jurisprudentiae*, Lib. II, Observ. IV, 24-34.

En opinión de Pufendorf son necesarios dos pactos fundamentales para mantener la sociedad y garantizar la aplicación del Derecho natural y el civil. Por el primero, los hombres deben abandonar el estado de libertad natural y entrar en una comunidad permanente, establecida con el propósito de garantizar su seguridad mutua. A continuación de este pacto debe promulgarse un decreto que declare la forma de gobierno que se entroniza. Tras ese decreto se necesita un segundo contrato, esta vez entre los ciudadanos y el gobierno. Por este pacto el gobernante se obliga a cuidar de la seguridad común, en tanto que los ciudadanos le prometen obediencia y someten sus voluntades a la autoridad del gobernante en todas las cosas que éste haga para la seguridad del Estado.³² El poder soberano está obligado por los principios de Derecho natural que, en opinión de Pufendorf, es verdadero Derecho y no una mera guía moral para el soberano. Pero la obligación del soberano de guardar el Derecho natural es meramente una obligación imperfecta porque no hay tribunal ante el que pueda iniciarse una acción contra el príncipe. Sólo Dios es "el vengador del Derecho natural"; en circunstancias normales los ciudadanos no tienen derecho de resistencia contra el soberano, caso de que éste infrinja el Derecho natural. Sólo en casos extremos, en que el príncipe se haya convertido en enemigo del país y ante un peligro real, corresponde a los individuos o al pueblo el derecho de defender su seguridad contra aquél.³³

La misma orientación que Pufendorf siguió el jurista ginebrino Jean Jacques Burlamaqui (1694-1748),

³² Pufendorf, *De Officio*, cap. 6, 8-9.

³³ Pufendorf, *Elementa Jurisprudentiae*, Lib. I, definitio XII, 6; *De jure naturae et gentium*, trad. Oldfather (1934), Lib. VII, cap. 8.

cuya obra *Les Principes du Droit naturel et Droit politique* ejerció una considerable influencia en los pensadores jusnaturalistas, especialmente norteamericanos.³⁴ Burlamaqui consideraba el Derecho natural como un Derecho que "Dios impone a todos los hombres y que éstos son capaces de descubrir y conocer por la sola luz de la razón y por una consideración atenta de su estado y naturaleza".³⁵ Como Pufendorf, consideraba el principio de sociabilidad como fundamento de este Derecho.

Debe mencionarse también a otro gran profesor de Derecho que hizo contribuciones importantes a la interpretación y sistematización del Derecho natural. Es el jurista alemán Christian Wolff (1679-1754) que puede ser considerado como el teórico del absolutismo ilustrado de Federico *el Grande*. Influido por las doctrinas filosóficas de Leibniz, Wolff enseñó que el más alto deber de los seres humanos es aspirar a la perfección. El deber moral de autoperfeccionarse era para él la base de la justicia y el Derecho natural. El Derecho natural manda hacer lo que sea conducente al propio mejoramiento y al mejoramiento de la propia condición. Pero esa autoperfección no puede lograrse en un estado de absoluta libertad. Para que los hombres puedan convivir armónicamente tienen que estar gobernados por un soberano paternal y benévolo que ha de fomentar la paz, la seguridad y la independencia, para garantizar a los ciudadanos del Estado una vida satisfactoria.

Podemos decir, resumiendo los resultados de la primera etapa del desarrollo de la escuela jusnatura-

³⁴ Sobre Burlamaqui, véase Harvey, *Jean Jacques Burlamaqui*, (1938).

³⁵ Burlamaqui, *The Principles of Natural and Politic Law*, trad. inglesa Nugent, 7, cd. (1859), p. 87.

lista, que ese periodo está señalado por una creencia muy fuerte en principios eternos e inmutables que deben guiar la vida humana. Pero no hay garantías efectivas del cumplimiento de tales principios. Quedan más bien en la categoría de postulados morales que deben ser observados por los gobernantes del Estado. Las normas del Derecho natural son fuertes recomendaciones a la autoridad soberana, pero no salvaguardias efectivas de la libertad. No se percibe aún plenamente el carácter individualista que había de alcanzar el Derecho natural en el curso de su desarrollo, aunque aparecen ya algunos rasgos individualistas en los sistemas de todos los pensadores de que nos hemos ocupado.

La razón sociológica de esa confianza tan grande en el poder del gobernante, que caracteriza el primer periodo de la escuela clásica del Derecho natural, consiste en el hecho de que en el siglo XVII quedan aún restos de las condiciones casi anárquicas de la última parte de la Edad Media. Se sentía con gran fuerza en toda Europa la necesidad de un gobernante absoluto que —mediante la centralización del poder en sus manos— pusiera fin a la multiplicidad de autoridades características de la época feudal. Se suponía que un poder secular fuerte y soberano era el mejor instrumento para liberarse de la servidumbre feudal y de la autoridad de una iglesia universal. El miedo al despotismo era menos fuerte que el miedo a la anarquía feudal y al abuso arbitrario del poder por parte de los señores feudales. Así, los hombres como Grocio, Hobbes y Spinoza desarrollaron una doctrina jurídica que veía primordialmente en el Derecho un instrumento para evitar la anarquía política. No dejaron enteramente de percibir que el Derecho debía ser también una salvaguardia contra el despotismo, y sintieron la necesi-

dad de imponer al gobernante, por lo menos ciertas restricciones morales. Pero, en conjunto, la primera etapa de la doctrina clásica del Derecho natural subrayó de modo primordial las características que hacen del Derecho un instrumento político eficaz para evitar la anarquía y el caos.

25. El Derecho natural garantizado por la separación de poderes

El segundo periodo de la historia del jusnaturalismo clásico está caracterizado por un intento de erigir salvaguardias eficaces contra cualquier violación de las normas del Derecho natural por parte del gobierno. El Derecho se convierte en ese periodo, de modo primordial, en un instrumento para evitar la autocracia y el despotismo. La ascensión de los gobiernos absolutos en toda Europa hizo evidente lo mucho que se necesitaba un escudo protector de la libertad individual contra las invasiones de los gobiernos. Pasaron a ser subrayados aquellos aspectos del Derecho que hacen de él una garantía de los derechos individuales. En esta etapa la teoría jurídica acentúa especialmente la libertad, en tanto que en el primer estadio había favorecido más la seguridad que la libertad.

Esta nueva tendencia es patente en la teoría política de John Locke (1632-1704). Suponía este autor que el estado natural del hombre era de perfecta libertad y que en él los hombres estaban en situación de determinar sus acciones y disponer de sus personas y pertenencias según les parecía oportuno; era además un estado de igualdad en el que ningún hombre estaba sometido a la voluntad o autoridad de otro. Este esta-

do de naturaleza se hallaba regido por un Derecho natural que enseñaba al hombre que, siendo todos iguales e independientes nadie debía perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o pertenencias. Mientras existió el estado de naturaleza, todo el mundo tenía poder de llevar a la práctica ese Derecho natural y de castigar por su propia mano las infracciones a sus normas. Esta situación produjo grandes inconvenientes porque el goce de los derechos naturales era inseguro y estaba constantemente expuesto a las invasiones de los demás. Para evitar esos inconvenientes y en interés de un disfrute seguro de la vida, la libertad y la propiedad, los hombres hicieron un pacto por el cual acordaron unirse en una comunidad y constituir un cuerpo político en el que gobernase la voluntad de la mayoría. Por este contrato cada individuo pactaba con cada uno de los demás la entrega a la comunidad de su derecho natural a hacer efectivas las normas del Derecho natural. Este derecho no se encomendaba a una persona o grupo determinados, sino a la comunidad en su conjunto. Consecuente con este criterio, Locke, al revés que Hobbes, rechazaba la monarquía absoluta como forma de gobierno. Propugnó una monarquía constitucional, limitada, tal como había resultado de la "Gloriosa Revolución" de 1688.

Sólo se entregaba a la comunidad el derecho de aplicar por sí misma el Derecho natural; el individuo conservaba todos los demás derechos naturales, que formaban una barrera contra el abuso de la autoridad gubernamental. "El Derecho natural —decía Locke— permanece como norma eterna para todos los hombres, legisladores o legislados."³⁶ Según Locke

³⁶ Locke, *Two Treatises on Government*, ed. Morley (1884), Lib. II, cap. II, Sec. 135. [Trad. española, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Fondo de Cultura Económica, 1941.]

el poder legislativo está estrictamente limitado a la persecución de aquellos fines para los que fue creado el gobierno —a saber, garantizar y conservar la vida, la libertad y la propiedad— (Locke agrupa a menudo las tres bajo la denominación única de propiedad).³⁷ El gobierno no debe ejercer un poder absoluto sobre las vidas y fortunas del pueblo. No puede privar a ningún hombre de ninguna parte de su propiedad sin su consentimiento. No puede transferir o delegar su poder legislativo a ningún otro cuerpo o individuo. Y tiene que gobernar con "leyes sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterable, sino regla única para el rico y para el pobre, el favorito de la corte o el labrador en su labranza".³⁸ El fin del Derecho, en opinión de Locke, no es abolir o limitar, sino conservar y ampliar la libertad. "Siempre que la ley acaba, empieza la tiranía."³⁹

Tiene que haber alguna autoridad que decida si el legislativo ha transgredido los límites puestos a su poder. En otros términos, debe haber alguien que tenga como misión la garantía suprema del Derecho natural. ¿Quién ha de ser el encargado de tal función? Locke no llega en este punto a una conclusión tajante. En determinado pasaje insinúa que el poder judicial ha de tener que ser el árbitro final que decida si el Derecho natural ha sido violado por un acto legislativo.⁴⁰ Por

³⁷ *Ibid.*, cap. 7, Sec. 87, cap. 9, Sec. 124.

³⁸ *Ibid.*, cap. 11, Sec. 142.

³⁹ *Ibid.*, cap. 18, Sec. 202.

⁴⁰ "La autoridad legislativa o suprema no sabrá asumir por sí misma el poder de gobernar por decretos arbitrarios improvisados, antes deberá dispensar justicia y decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas promulgadas y jueces autorizados y conocidos. Pues por no ser escrito el Derecho natural y así imposible de hallar en parte alguna, salvo en los espíritus de los hombres, aquellos que por pasión o interés malamente lo adujeren o

otra parte, al estudiar la separación de poderes dentro del Estado, no menciona el poder judicial, y subraya, en cambio, el divorcio entre legislativo y ejecutivo.⁴¹ Empero Locke reconoce una garantía última del Derecho natural: todo el pueblo, que puede desplazar a su legislativo e incluso resistir al gobierno, en caso de quebrantamiento flagrante del fideicomiso. Debe suponerse tal quebrantamiento, según Locke, si el gobierno ha invadido injustamente la propiedad de los súbditos o se ha hecho dueño arbitrario de las vidas y libertades del pueblo.⁴²

Las enseñanzas del barón de Montesquieu (1689-1755) ofrecen un complemento necesario a la filosofía jurídica de John Locke; puede decirse que la combinación de las dos doctrinas representa la forma más alta y desarrollada que llegó a alcanzar el Derecho natural en su periodo clásico. Locke elaboró una teoría admirablemente clara y consistente del Derecho natural, pero descuidó el estudio de un sistema político mediante el cual se garantizase efectivamente la observancia del Derecho natural. Por el contrario, Montesquieu se preocupa muy poco del Derecho natural. La descripción que hace de su contenido tiene casi tan poco significado como la de Ulpiano⁴³ y su convicción de que el Derecho debe adaptarse a las condicio-

aplicaren, no podrán ser con facilidad persuadidos de su error donde no hubiere juez establecido" (*ibid.*, cap. 11, Sec. 136).

⁴¹ *Ibid.*, cap. 12.

⁴² *Ibid.*, cap. 19, Secs. 221, 222.

⁴³ Según Montesquieu el Derecho natural consiste meramente en los instintos naturales de la humanidad que todo Derecho positivo debe tomar en cuenta. Menciona el instinto de propia conservación, el sexual y el impulso gregario (*Esprit des Lois*, trad. inglesa Nugent, 1900, Lib. I, cap. 2). [Hay trad. española.] Sobre la definición del Derecho natural de Ulpiano, véase, *supra.*, Sec. 21.

nes geográficas, climáticas, religiosas y políticas de cada país, hacen de él un precursor de la escuela sociológica del Derecho, más que un defensor de la doctrina del Derecho natural.⁴⁴ Sin embargo, estaba de acuerdo con Locke en que la libertad humana era la meta suprema que podía alcanzar una nación y su filosofía política constituyó un intento de idear un sistema de gobierno bajo el cual pudiera obtenerse la libertad y asegurarla, una vez conseguida, del modo más eficaz posible. Sólo puede esperarse que realice tal función —decía Montesquieu— un sistema que elimine todas las posibilidades de abuso de poder. "Una experiencia eterna ha demostrado que todo hombre investido de autoridad puede abusar de ella; irá cada vez más allá hasta que encuentre una barrera."⁴⁵ Para evitar tal abuso es necesario que el poder se vea contrapesado por el poder. Desde el punto de vista de la libertad de los ciudadanos la forma más segura de gobierno será aquella en la cual los tres poderes —el legislativo, el ejecutivo y el judicial— estén estrictamente separados y cada uno de ellos limite a los otros dos; por este medio se evitará una extensión indebida del poder del gobierno en general.

La combinación de la teoría del Derecho natural de Locke con la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu forma la base filosófica del sistema de gobierno norteamericano. La teoría de Locke se refiere a la *sustancia* de la libertad, en tanto que la de Montesquieu está en relación con la *garantía*. La idea básica de la Declaración de Independencia norteamericana, así como la de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*)

⁴⁴ Cf. Ehrlich, "Montesquieu and Sociological Jurisprudence" (1916), *Harvard Law Review*, vol. 29, pp. 582 ss.

⁴⁵ *Esprit des Lois*, Lib. XI, cap. 4.

es el reconocimiento de los derechos naturales e inalienables a la vida, libertad y propiedad, en la forma en que los concibió Locke,⁴⁶ en tanto que el cuerpo principal de la Constitución de los Estados Unidos es una aplicación práctica de la doctrina de separación de poderes de Montesquieu. La conexión de ambas doctrinas la realiza en el sistema norteamericano de gobierno la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que, para garantizar la realización de esos derechos naturales, el poder de hacer las leyes debe estar separado no sólo del poder de ejecutarlas, sino también del poder de revisar su conformidad con los principios jurídicos supremos sancionados por la Constitución de los Estados Unidos. Así, en Norteamérica los tribunales, y especialmente la Suprema Corte de los Estados Unidos, han asumido la función de guardianes del Derecho natural.

Representante típico de la filosofía norteamericana del Derecho natural fue James Wilson (1742-1798), uno de los principales autores de la Constitución federal y posteriormente miembro de la primera Suprema Corte. Creía firmemente en la existencia de un Derecho universal e inmutable. Un capítulo de las con-

⁴⁶ Véase a este respecto los instructivos comentarios de Howe, "The Meaning of Due Process of Law" (1930), *California Law Review*, vol. 18, pp. 583 ss., 588, 589.

Cf. también la Constitución de Virginia de 12 de junio de 1776, que establece que "todos los hombres son por naturaleza iguales, libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o despojar a su posteridad, cuando entran en sociedad, mediante ningún contrato; son, a saber, el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad".

Wilson, *Works*, ed. Andrews (1896), vol. 1, p. 49.

ferencias sobre temas jurídicos que pronunció en el invierno de 1790-1791 en el Colegio de Filadelfia, comienza con la siguiente declaración: "El orden, la proporción y la rectitud penetran el universo todo. Veamos a nuestro alrededor, sentimos en nuestro interior y admiramos por encima de nosotros, una regla de la que no puede, o no debe, haber desviaciones."⁴⁷ El Derecho natural era para él un aspecto de la ley de Dios y la sanción última del Derecho humano debía depender de aquélla. Rechazaba el supuesto de Blackstone de que el Derecho humano implicase el mandato de un superior a un inferior; en su opinión el Derecho humano se basaba en el consentimiento de aquellos cuya obediencia exigía. El Estado se fundaba por un pacto entre sus miembros, que se unían para beneficio común con objeto de gozar pacíficamente de lo que era suyo y de hacer justicia a los otros.⁴⁸ Todo individuo —dice Wilson— tiene un derecho natural a la libertad y a la seguridad; la función del Derecho es garantizar esos gobiernos naturales contra toda invasión por parte del gobierno. Derecho y libertad están, pues, estrechamente conexos en su filosofía. "Sin libertad, el Derecho pierde su fuerza y su nombre y se convierte en opresión. Sin Derecho, la libertad pierde también su naturaleza y su nombre y se convierte en licencia."⁴⁹ Para salvaguardar el régimen de Derecho hay que introducir en la forma de gobierno un sistema de frenos y controles. El poder legislativo debe no sólo estar separado del poder ejecutivo, sino dividido a su vez él mismo, mediante la institución de dos ramas legislativas. Todo abuso de poder por parte del legislativo debe ser frenado por la rama judicial del gobier-

⁴⁷ Wilson, *Works*, ed. Andrews (1896), vol. I, p. 49.

⁴⁸ Wilson, *op. cit.*, pp. 271, 272.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 6 ss.

no, sobre la que recae la obligación de declarar nulas todas las leyes contrarias a la Constitución.⁵⁰

El pensamiento de James Wilson es acaso la expresión más sistemática de la filosofía jurídica y política norteamericana clásica. La compartían muchos de los Padres de la Constitución de los Estados Unidos. John Adams, Thomas Paine y Thomas Jefferson estaban convencidos de que había derechos que no podían ser restringidos o derogados por las leyes humanas. Y la opinión de que era función de los tribunales defender estas normas de Derecho superior —que habían sido incorporadas a la Constitución— contra toda violación por parte del legislativo, la sostuvieron, además de Wilson, Hamilton y Jefferson.⁵¹ Hombres como

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 354-358, 415-417.

⁵¹ Hamilton dijo en *El Federalista*, LXXVIII: "[...] La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios." Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 1957, p. 332.

Jefferson dijo: "Lo que desaprobé también desde el primer momento, fue la falta de una declaración de derechos (*bill of rights*) para proteger la libertad tanto frente a la rama legislativa del gobierno como frente a la rama ejecutiva... En los argumentos en favor de una declaración de derechos, omití uno que para mí es de gran peso: el freno legal que pone en manos del poder judicial." (Cartas a F. Hopkinson, 13 de marzo de 1789 y a J. Madison, 15 de marzo de 1789; *Works*, edición federal, vol. V, pp. 457, 461.) Después de que el partido de Jefferson consiguió la dirección de las ramas legislativa y ejecutiva, Jefferson protestó ocasionalmente contra la "usurpación judicial".

Véase a este respecto Beard, *The Supreme Court and the Constitution* (1912); Corwin, *The Doctrine of Judicial Review* (1914);

el canciller James Kent (1763-1847) y el juez Joseph Story (1779-1845) eran igualmente creyentes fervorosos de la existencia de un Derecho natural. Puede afirmarse con seguridad que no hay país en el mundo donde la idea del Derecho natural —entendida como salvaguardia de la libertad frente a invasores gubernamentales— haya alcanzado una significación mayor para el desarrollo político y social y para la modelación de todas las instituciones políticas y jurídicas que en los Estados Unidos.

26. *El Derecho natural garantizado por la mayoría*

Aunque en los Estados Unidos fue aceptada la idea de que el Derecho natural sólo podía ser garantizado seguramente por la rama judicial del gobierno, la teoría no logró prevalecer en Inglaterra ni en Francia. En ambos países se reconoció generalmente en los siglos xvii y xviii la existencia de un Derecho natural, pero la idea de ese Derecho natural que sólo podía ser protegido contra toda clase de violaciones mediante una estricta separación de poderes, no ganó en ellos terreno, ni en la teoría ni en la práctica.*

En la historia jurídica de Inglaterra hubo una época en la que un eminente jurista defendió elocuentemente la idea de la supremacía del Derecho natural sobre el poder político. Sir Edward Coke (1552-1634), uno

Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2a. ed. (1932); Haines, *The Revival of Natural Law Concepts* (1930); Wright, *American Interpretation of Natural Law* (1931); Corwin "The Higher Law Background of American Constitutional Law" (1928), *Harvard Law Review*, vol. 42, pp. 149, 365.

*En Francia alcanzó una consagración práctica en los primeros textos jurídico-políticos de la Revolución, pero no logró perdurar. [T.]

de los más grandes jueces ingleses, sostuvo que hay un Derecho natural inmutable, que ningún Parlamento podía alterar. Creía que los tribunales del *Common Law* tenían autoridad superior al rey y al Parlamento y que una ley del Parlamento que contraviniese las reglas reconocidas del "común derecho y razón" era totalmente nula y el juez no debía tomarla en cuenta.⁵²

Los acontecimientos políticos de los siglos posteriores operaron en contra de la teoría de Coke. Cuando Sir William Blackstone (1723-1780) escribió sus famosos *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, la doctrina de la supremacía parlamentaria se había impuesto ya sobre la teoría de la supremacía judicial sostenida por Coke. Como la mayor parte de los autores de obras jurídicas del siglo XVIII, Blackstone suponía que hay un Derecho natural del que derivan su fuerza y autoridad todas las leyes humanas. Sostenía incluso que "ninguna ley humana es válida si es contraria a éste (el Derecho natural)".⁵³ Pero se ha dicho, con razón, que estos asertos no son sino "frases ornamentales".⁵⁴ En otro pasaje de sus *Comentarios*, Blackstone admite claramente que ninguna autoridad podía impedir al Parlamento que aprobase leyes

⁵² *Calvin's Case* (1610), 4 Coke 1, 77 Eng. Rep. 377; *Dr. Bonham's Case* (1610), 8 Coke 114, 77 Eng. Rep. 646. Véanse los comentarios a esos casos hechos por McIlwain, *The High Court of Parliament* (1910), pp. 286 ss.; Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, pp. 33 ss.; Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review" (1926), *Harvard Law Review*, vol. 40, p. 30; Corwin, "The Higher Law Background of American Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 42, pp. 365, 367; Thorne, "Doctor Bonham's Case" (1938), *Law Quarterly Review*, vol. 54, p. 543.

⁵³ Blackstone, *Commentaries*, ed. Jones (1915), vol. I, Sec. 2, Parte 39.

⁵⁴ Hazeltine, "Blackstone", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 11, p. 580.

contrarias al Derecho natural. "El poder del parlamento —decía— es absoluto y no está sometido a control."⁵⁵ Esta doctrina ha prevalecido en Inglaterra hasta hoy. Sus derivaciones son claras: confía la aplicación del Derecho natural a la prudencia de la mayoría parlamentaria, con la esperanza de que las normas del Derecho natural actúen como restricciones morales a la omnipotencia del Parlamento.

En Francia se llegó a resultados semejantes a los producidos en Inglaterra, especialmente bajo la influencia del filósofo político Juan Jacobo Rousseau (1712-1778). También el pensador ginebrino mantuvo opinión de que debía garantizarse el Derecho natural colocando su aplicación en manos de la mayoría. Pero en la doctrina de Rousseau no era a la mayoría de un cuerpo legislativo, sino a la mayoría del pueblo entero a la que había de confiarse la guardia y custodia del Derecho natural.

No es fácil seguir las deducciones —bastante complejas— de Rousseau. El problema político fundamental es para él

[...] hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado y por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede también como antes.⁵⁶

Para conseguir esta finalidad cada individuo tiene que entregar, sin reservas, a la comunidad entera, me-

⁵⁵ Blackstone, *op. cit.*, cap. 2, Sec. 222.

⁵⁶ Rousseau, *Contrato Social*, trad. inglesa G. D. H. Cole (1913), Libro I, cap. 6. [Hay trad. española de Fernando de los Ríos, Col. Universal, Calpe, Madrid, 1929. Hay otras traducciones.]

dante un contrato social, todos sus derechos naturales. Parece que al traspasar todos los derechos naturales a la comunidad, los ciudadanos quedarían privados de su libertad. Pero Rousseau negaba decididamente esta consecuencia. Sostenía que la pertenencia al Estado, bajo las condiciones del contrato social, no destruye la libertad e igualdad originarias del individuo.

Dándose cada cual a todos, no se da a nadie, y como no hay ningún asociado sobre quien no adquiera el mismo derecho que le cede sobre sí, se gana el equivalente de lo que se pierde y una fuerza mayor para la conservación de lo que se tiene.⁵⁷

En vez de llevar una vida incierta y peligrosa, el hombre consigue, por medio del contrato social, la seguridad, la libertad civil (distinta de la libertad natural) y una garantía de su propiedad. No está sujeto a ningún otro individuo sino sólo a la voluntad general (*volonté générale*), es decir, la voluntad de la comunidad. El verdadero soberano es la voluntad general. Estando enteramente formado este soberano por los individuos que componen el Estado, no puede tener nunca intereses contrarios a los de aquéllos. No necesita, por tanto, dar a sus súbditos ninguna garantía. Cada individuo, al obedecer a la voluntad general, no hace sino obedecerse a sí mismo; su voluntad individual se funde con la voluntad general. Cuando se formó el Estado mediante el contrato social, la voluntad general se expresó por el consentimiento unánime de los ciudadanos. Pero todas las posteriores manifestaciones de la voluntad general han de expresarse en forma de decisión mayoritaria.

⁵⁷ *Ibid.*

Según Rousseau la voluntad general tiene siempre razón, aunque el juicio que la guíe no sea siempre ilustrado. El poder legislativo se encomienda al pueblo exclusivamente, no a un organismo representativo como un Parlamento. El pueblo constituido en cuerpo político no puede enajenar su soberanía, no puede ésta ser dividida o limitada. La ley tiene que emanar de todo el pueblo, pero siendo expresión de la voluntad general, tiene no sólo que proceder de todos, sino también que aplicarse a todos. La ley es un decreto de todo el pueblo para todo el pueblo. Esto quiere decir que la ley no puede ser dirigida a un hombre u objeto particular.⁵⁸ Una ley no puede nunca regular un caso específico; todo acto de soberanía tiene que obligar a favorecer a todos igualmente.⁵⁹ El soberano sólo conoce el cuerpo de la nación y no distingue a ninguno de los que la componen.⁶⁰ Así, el poder soberano, aunque es absoluto e inviolable, no puede exceder los límites de las convenciones generales y fuera de los límites de esas convenciones todo hombre puede disponer a voluntad de su libertad y sus bienes. En esta

⁵⁸ "Así la ley puede establecer que habrá privilegios, pero no puede darlos nominalmente a nadie; puede hacer varias clases de ciudadanos e incluso señalar las cualidades que darán derecho a pertenecer a ellas, pero no puede nombrar los individuos que hayan de componerlas; puede establecer un gobierno regio y una sucesión hereditaria, pero no puede elegir un rey ni nombrar una familia real." *Op. cit.*, Lib. II, cap. 6.

⁵⁹ Es interesante la definición de igualdad que da Rousseau. Dice así: "No ha de entenderse por esta palabra que los grados de poder y riqueza sean absolutamente los mismos para todos, sino que el poder esté por encima de toda violencia y no se ejerza nunca más que en virtud del rango y las leyes; y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro, y ninguno tan pobre que se vea precisado a venderse." *Op. cit.*, Lib. II, cap. 2.

⁶⁰ *Ibid.*, cap. 4.

limitación de la soberanía reside una cierta garantía contra los abusos tiránicos del poder de la mayoría.

Según Rousseau el gobierno es simplemente una comisión para ejecutar la voluntad general. No hay contrato entre el pueblo y el gobierno, tal como habían interpretado Hobbes, Pufendorf y Locke.⁶¹ Expresado en términos jurídicos, el gobierno no es sino un mandato, que puede ser revocado, limitado o modificado a voluntad del pueblo soberano. Los depositarios del poder público no son amos del pueblo, sino funcionarios suyos. No se les transmiten los atributos de la soberanía.

No cabe duda de que la teoría de Rousseau puede conducir fácilmente a una democracia absoluta, en la cual la voluntad de la mayoría no está sujeta a limitaciones. No hay garantía del Derecho natural salvo la prudencia y la moderación voluntaria de la mayoría.⁶² El propio Rousseau estaba firmemente convencido de que no podía haber conflicto entre la libertad individual y la autoridad colectiva, pero es más que dudoso que estuviera justificado tal supuesto. Por ejemplo, los derechos de las minorías están indudablemente garantizados con mayor seguridad en un sistema político en el que haya garantías constitucionales efectivas contra el ejercicio arbitrario del poder de la mayoría que en una democracia pura en la que la mayoría

⁶¹ Hobbes reconocía únicamente el pacto de sujeción (*pactum subjectionis*). Locke parece reconocer el pacto de unión (*pactum unionis*) además del pacto de sujeción. Rousseau reconoce sólo el pacto de unión.

⁶² La afirmación de Pound de que "para Rousseau la ley no es expresión del Derecho natural o de los principios eternos de Derecho y justicia, sino simplemente de la voluntad general" ("Theory of Law", *Yale Law Journal*, vol. 22, 1912, p. 129) parece ir demasiado lejos. Rousseau pensaba sólo en que la protección de los derechos naturales estaba segura en manos del pueblo.

tenga un poder ilimitado. Un sistema social basado en la omnipotencia de la "voluntad general" contiene las semillas de un nuevo despotismo, que Tocqueville llamó la "tiranía de la mayoría".⁶³ Como ha demostrado con frecuencia la historia, tal tiranía de la mayoría puede fácilmente convertirse en tiranía de un hombre.

Las ideas de Rousseau ejercieron una gran influencia sobre las doctrinas políticas de la Revolución francesa. El efecto de esas ideas sobre la vida política de Francia puede verse aún en la estructura constitucional de la actual república francesa* en la que la protección de los derechos naturales está confiada al legislativo. Debe recordarse, sin embargo, que Rousseau rechazaba la idea de una democracia representativa, es decir, una forma de gobierno en la que gobernase el pueblo mediante representantes elegidos por él. Defendía, en cambio, una democracia pura o directa en la que el pueblo ejerce por sí mismo la función legislativa. Creía que esta idea podía realizarse estableciendo pequeños Estados-ciudades (semejantes al de Ginebra, su ciudad natal), unidos entre sí por una especie de federación.

Las teorías políticas de Rousseau ejercieron una gran influencia sobre el gran filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804). al igual que Rousseau, consideraba la libertad como un derecho innato y natural del individuo. Este derecho básico —decía— comprende en sí mismo la idea de una igualdad formal, porque postula que todo hombre es independiente y su propio amo. La dignidad de la persona humana exige

⁶³ Tocqueville, *La democracia en América*, 2a. ed., 1963, Fondo de Cultura Económica.

* El texto se refiere, naturalmente, a las leyes constitucionales de 1875, en vigor cuando se escribió. [T.]

que nadie pueda usar a otro hombre exclusivamente como medio para alcanzar sus objetivos propios; todo ser humano debe ser tratado siempre como un fin en sí. La idea de libertad es un atributo esencial del concepto de Derecho. Kant definía el Derecho como "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad".⁶⁴ Esto significa que si mi acción o mi condición pueden, de modo general, coexistir con la libertad de alguien, con arreglo a una norma universal, quienquiera que me impida realizar esa acción o mantener esa condición, me inflige un daño.

La teoría del Estado de Kant corresponde en gran parte a la de Rousseau. Kant reconocía el contrato social como un postulado de razón, aunque admitía que desde el punto de vista histórico era una hipótesis no demostrada. Consideraba al Estado como "una unión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas".⁶⁵ En su opinión la única función del Estado es garantizar el cumplimiento del Derecho. El Estado no debe interferir innecesariamente en las actividades de los individuos; debe limitarse a garantizarles el goce de sus derechos. El poder legislativo debe estar separado del ejecutivo para impedir el establecimiento de un régimen despótico. El poder legislativo corresponde al pueblo. La voluntad del legislador con respecto

⁶⁴ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), Introducción, Sec. B; cf. la trad. de Hastie, *Kant's Philosophy of Law* (1887), p. 45; Hastie confunde los términos *right* (derecho subjetivo) y *Law* (Derecho objetivo) que se expresan en alemán por la misma palabra. [Tomo el texto castellano de la traducción, aún inédita, de Eugenio Ímaz, a cuya amabilidad lo debo. (T.)]

⁶⁵ Kant, *Philosophy of Law*, trad. Hastie, p. 165.

a lo que constituye Mío y Tuyo es irreproachable, porque es la voluntad unida de todos y no puede causar lesión a ningún ciudadano (*Volenti non fit injuria*). El Derecho natural está garantizado por la voluntad general. Aunque Kant subrayó el principio de separación de poderes y reconoció la existencia de un poder judicial al lado del legislativo y el ejecutivo, no atribuía a aquél el derecho de examinar la validez de la legislación. Así, en la práctica al menos, atribuía la coacción directa únicamente al Derecho positivo. Por esta razón debe ser considerado en el grupo de los autores que ven en la voluntad de una mayoría legislativa la única garantía del mantenimiento del Derecho natural.

27. *Derecho y moralidad en el Derecho natural clásico*

En la época medieval, Derecho, religión y moralidad social estaban íntimamente relacionados. No eran clara y decididamente trazadas las líneas de separación entre estos tres instrumentos de control social. Se quemaba a los herejes porque discrepaban de alguno de los principios morales o religiosos de la religión católica. No sólo se requería la conformidad con los mandatos morales y religiosos de la Iglesia medieval para "salvar la propia alma"; era obligatoria en el sentido de que desafiar alguno de esos mandatos podía traer como consecuencia un castigo muy severo. Un orden colectivista reconoce ciertos principios de moralidad social, cuyo desprecio es castigado por las autoridades, sin tener en cuenta si hay o no ley específica que abarque el caso en cuestión. O no se reconoce de ninguna manera el principio *nulla poena sine lege*, o la ley

que prescribe la pena está redactada con fraseología tan vaga y amplia que cubre toda especie de responsabilidad. Por ejemplo, en el nuevo orden colectivista del III Reich de Hitler una persona puede ser condenada por un tribunal si el "sentimiento sano del pueblo"⁶⁶ pide su castigo. Es patente la posibilidad de abusar arbitrariamente de tal ley. Abre el camino para perseguir criminalmente a todas las personas que estén de algún modo en desacuerdo con las ideas de moralidad social mantenidas por el partido nacionalsocialista que gobierna.⁶⁷

Mientras en las épocas colectivistas prevalece una tendencia a borrar la distinción entre normas jurídicas y normas ético-sociales, en las épocas individualistas es la tendencia contraria la que predomina. Para garantizar al individuo una esfera inviolable dentro de la cual sea libre, es necesario trazar una línea tajante entre lo que está prohibido legalmente y lo que es moralmente deseable. Sólo si el Derecho es el único instrumento de coacción gubernamental, pueden establecerse con seguridad la libertad y la autonomía del individuo.⁶⁸ Fue, por tanto, lógico que la escuela clásica del Derecho natural, que anunció el comienzo de una época individualista lograra gradualmente una separación entre Derecho y moralidad. "El verdadero significado del Derecho natural racionalista —dice el sociólogo Tönnies— consiste en haber logrado gra-

⁶⁶ Ley de 28 de junio de 1935, *Gaceta Oficial Alemana*, Parte I, p. 839: "Es punible todo acto que la ley declara como tal o que merece castigo según los principios de cualquier ley penal y según el sentimiento sano del pueblo." En relación con esta ley véase MacIlwin, "Government by Law" (1936), *Foreign Affairs*, vol. XIV, p. 185.

⁶⁷ Cf., *supra*, Sec. 16.

⁶⁸ Cf., *supra*, Sec. 16.

dualmente la separación entre la jurisprudencia y la ciencia de lo moral.⁶⁹

Es cierto que en las primeras etapas de la escuela clásica del Derecho natural, especialmente en las doctrinas de Grocio y Hobbes, parece bastante íntima la relación entre Derecho y moralidad, evidente en ambas doctrinas.⁷⁰ Se reconoce ya, aunque sea de modo incompleto, el derecho del individuo a modelar su vida según su propia voluntad. Cuanto más terreno ganó en la escuela del Derecho natural el principio de la libertad y la autonomía individuales, tanto más fue pasando la moralidad, de la esfera de la vida social, a la esfera de la vida individual. La moralidad se convierte, en último término, en asunto de conciencia individual. Perdió su poder absoluto de coacción social. La prueba de la moralidad pasó a ser la "buena intención" en vez de la "buena acción". Este proceso alcanzó su culminación en los sistemas filosóficos de Kant y Fichte.

Para Kant el Derecho se ocupa sólo de los actos externos, no de los motivos que conducen a ellos. El Derecho requiere meramente una conformidad exter-

⁶⁹ Ferdinand Tönnies, "Soziologie und Rechtsphilosophie", *Soziologische Studien und Kritiken*, vol. II (1926), p. 170.

⁷⁰ Pound expresa la opinión de que los jusnaturalistas clásicos consideraban el Derecho como una rama de la ética y sostenían que las normas jurídicas eran meramente declaratorias de las reglas morales (*Law and Morals*, 1926, p. 86). Es cierto que consideraban sus principios de Derecho natural como postulados de la verdadera moralidad, pero el problema esencial de las relaciones entre Derecho y moral es el de si una sociedad reconoce principios de moralidad dotados de fuerza coactiva absoluta, aparte de las reglas morales que se han fundido con el Derecho. En este sentido el Derecho natural clásico tendía a no reconocer tales reglas y a establecer el Derecho como único instrumento coactivo de control social. Véase también, *supra*, Sec. 16.

na con las normas establecidas de la vida social, tal conformidad puede estar motivada exclusivamente por la amenaza de coacción que hay detrás del Derecho. Por otra parte la moralidad exige que una norma jurídica sea observada por un sentido del deber ético y no simplemente por miedo a la coacción externa. En otros términos, la moral exige que el motivo único de un cierto acto sea un sentimiento íntimo de deber, en tanto que el Derecho admite motivos distintos de la idea de deber moral. Según esa teoría el Derecho pertenece al dominio de la acción externa, en tanto que la moralidad es meramente asunto de la vida íntima del individuo. Al hacer esta distinción entre Derecho y moralidad, Kant desarrolló una idea que había sido expresada primeramente por Christian Tomasius (1665-1728), célebre profesor alemán de Derecho natural. Tomasius sostuvo la opinión de que el Derecho se refiere únicamente a las relaciones exteriores de los hombres, en tanto que las reglas morales apelan a la conciencia. Subrayó también que el cumplimiento de los deberes jurídicos puede ser forzado, en tanto que el cumplimiento de los deberes morales no puede ser impuesto por la coacción.

En la filosofía jurídica de Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) se hizo más marcada la disociación de Derecho y moral que habían realizado Tomasius y Kant. Fichte, como Kant, consideraba el Derecho como un medio para la coexistencia de la libertad de una pluralidad de personas. Sólo es posible la libertad —decía— si todo individuo libre reconoce una libertad análoga de parte de otras personas. Nadie puede pretender una libertad si no está dispuesto a concedérsela a los demás en forma análoga. Dicho de otro modo, cada individuo tiene que ejercitar su libertad dentro de ciertos límites determinados por la libertad igual

de cada una de las demás personas. Este principio jurídico —decía Fichte— no tiene nada que ver con la moral.⁷¹ Todo ciudadano puede pedir a cada uno de los demás que se conformen en sus actos al Derecho; pero no puede imponerles una conducta moral. En resumen, un hombre puede exigir la juridicidad, pero no la moralidad de los actos de su prójimo.

La segregación del Derecho del campo de la moral realizada por Tomasius, Kant y Fichte, era inherente a todo el desarrollo de la escuela clásica del Derecho natural y una necesidad concomitante del individualismo y el liberalismo de la época. Un orden social basado en la libertad individual tiene que apoyarse en el Derecho como único medio de coacción social. El Derecho es una delimitación de esferas individuales de libertad garantizadas por el gobierno. La idea del Estado liberal es que las limitaciones de la libertad humana establecidas por el Derecho constituyan las únicas limitaciones obligatorias de aquélla. Si la moral, en cuanto instrumento de control social, pudiera crear obligaciones aseguradas mediante la fuerza coactiva, que fuesen más allá de los límites impuestos por el Derecho, ello contravendría la política del Estado liberal. Sólo aquellas reglas morales que se han convertido en parte de las leyes son susceptibles de imposición estricta. Así, en el Estado liberal puede definirse el Derecho como un "mínimum ético".⁷² Consiste en aquellas reglas morales cuya imposición es indispensable para el mantenimiento del orden público. El Estado liberal reconoce la existencia de postu-

⁷¹ "Las obligaciones morales no tienen nada que ver con el Derecho." Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796). Obras, vol. III, p. 11.

⁷² Jellinek, *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe* (1878), p. 42; cf. Dewey y Tufts, *Ethics* (1908), p. 467.

lados y obligaciones morales que trascienden y van más allá de las obligaciones impuestas por el Derecho. Pero el cumplimiento de tales obligaciones es asunto propio de la conciencia individual; no puede ser impuesto por una presión y coacción directas. Un acto inmoral que no es a la vez antijurídico está sujeto a la desaprobación de la comunidad, pero no puede ser castigado por las autoridades públicas. Gierke sostenía que la insistencia creciente sobre la separación entre Derecho y moral era un síntoma de progreso cultural. Una nueva mezcla o confusión de ambos instrumentos de control social —decía— sería un síntoma de regresión cultural.⁷³ Si consideramos que la indistinción de Derecho, costumbre, moral y religión era la característica de la vida primitiva, tenemos que admitir la exactitud de la afirmación. Aquí, como en todas partes, una “separación de poderes” es una cierta garantía de libertad individual. Si Derecho y moral no están separados, la esfera de libertad que posee el individuo deviene incierta. La línea fronteriza entre lo permitido y lo prohibido sólo se traza claramente en un sistema jurídico. Si consideramos que un aumento de libertad individual es un signo de progreso cultural, hemos de reconocer como un gran mérito de la escuela clásica del Derecho natural el hecho de que, al haber separado Derecho y moral, estableció la autonomía e independencia del Derecho como garantía de la libertad individual.

⁷³ Otto von Gierke, “Recht und Sittlichkeit” (1917), *Logos*, vol. VI, pp. 211-218.

28. Resultados prácticos de la escuela clásica del Derecho natural

Los juristas de la escuela clásica del Derecho natural prepararon el terreno para el orden jurídico de la civilización moderna. Reconocieron y elaboraron aquellos aspectos y elementos de regulación jurídica que constituyen los requisitos previos de un sistema jurídico maduro. La escuela clásica del Derecho natural percibió la íntima relación entre el Derecho y la libertad individual. Encontró, por pasos sucesivos, que el Derecho tiene que ser un baluarte contra la anarquía y contra el despotismo. Incluso aquellos autores que, como Hobbes y Spinoza, pusieron en primer término las características antianárquicas del Derecho, pedían que el gobierno fuerte que deseaban concediese por su propia voluntad ciertas libertades a los ciudadanos. Aquellos autores que, como Locke y Montesquieu, subrayaban sobre todo las características anti-despóticas del Derecho, reconocieron la necesidad de la autoridad gubernamental para impedir la expansión de la anarquía. Los métodos adoptados por estos filósofos para enfocar el Derecho estuvieron, con frecuencia, caracterizados por una simplicidad ahistórica y por la adopción de supuestos arbitrarios. Pero ni siquiera en este aspecto merecen una censura excesiva los juristas de la escuela clásica del Derecho natural. Al desdeñar la historia y concentrar sus esfuerzos en el descubrimiento de un sistema ideal de Derecho y justicia, realizaron una tarea superior en significado social a los esfuerzos de los meros historiadores del Derecho. Consiguieron esclarecer los elementos constitutivos, los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado. No puede atribuirse a ningún expositor determinado del pensa-

miento de la escuela clásica del Derecho natural este éxito. Fue conseguido por los esfuerzos colectivos de varias generaciones de pensadores. Cada uno de ellos aportó una o varias de las piedras empleadas en la erección del edificio de la moderna cultura occidental. Es dudoso que este edificio sea capaz de resistir la tensión que le impone el siglo xx. Ha sufrido ya, en algunos sitios, quebrantos severos. Parece ser un hecho comprobado que el siglo xx no puede permitirse el lujo de un sistema individualista de Derecho.

Hay que destacar un hecho. Después de haber visto los efectos que han producido en el Derecho los modernos experimentos totalitarios y despóticos de la extrema derecha y de la extrema izquierda, parece un tanto injustificada la forma irrespetuosa como fue tratado el Derecho natural en el siglo xix. Quienes, tal vez inadvertidamente y con la mejor intención, tratan de llevar a la humanidad hacia un sistema de colectivismo en el que el principal instrumento de control social sea el poder arbitrario en vez del Derecho, deberían recordar la afirmación de los filósofos del Derecho natural de que el Derecho es imposible sin algún grado, al menos, de libertad individual y de limitación gubernamental.

En la política práctica de su época los maestros jusnaturalistas aportaron una valiosa ayuda al progreso. Crearon los instrumentos jurídicos mediante los cuales pudo lograrse liberar al individuo de las ligaduras medievales. El Derecho natural contribuyó a la abolición del vasallaje y la servidumbre. Ayudó a destruir los gremios y las restricciones medievales al comercio y la industria. Liberó la propiedad territorial de las cargas feudales. Creó la libertad de circulación y de elección de profesión. Inauguró una era de libertad religiosa y espiritual. Purgó al Derecho penal y su

procedimiento de sus defectos más importantes al abolir la tortura y humanizar el castigo. Acabó con los procesos de hechicería.⁷⁴ Trató de conseguir la seguridad legal para todos y apadrinó el principio de igualdad ante la ley. Elaboró los principios generales del Derecho internacional. Todos esos resultados no se debieron exclusivamente a la influencia inmediata y la presión de los filósofos jusnaturalistas. En el proceso de liberación del individuo que comienza en el siglo XVI, operaron muchos factores y el vigor y la velocidad del proceso fueron distintos en los diferentes países del mundo occidental. Pero no cabe duda de que el movimiento del Derecho natural clásico fue una de las fuerzas creadoras y vigorizantes de la ascensión del liberalismo y de las reformas jurídicas conseguidas por esta concesión política.

Otro resultado práctico de la filosofía del Derecho natural fue un fuerte movimiento en pro de la legislación. Los defensores del Derecho natural creían que los hombres serían capaces de descubrir un sistema jurídico ideal por el mero uso de sus poderes racionales. Era, pues, natural que trataran de elaborar en forma sistemática todos los varios principios y normas del Derecho natural y de incorporarlos a un código. En consecuencia, a mediados del siglo XVIII, se produce un movimiento en favor de la legislación. Su primer fruto fue el Código de Federico de Prusia (*Allgemeines Landrecht*), promulgado en 1794 por el sucesor de Federico, que contenía importantes elementos de la filosofía jurídica benévola y paternalista de Christian Wolff.⁷⁵ Acaso el resultado más alto con-

⁷⁴ Fue un maestro de la escuela del Derecho natural, Christian Tomasius, quien inició el ataque contra los procesos por hechicería en Alemania.

⁷⁵ Véase, *supra*, Sec. 24.

seguido por este movimiento sea el Código de Napoleón de 1804, aún vigente en Francia. Austria promulgó un código en 1811. Las últimas piedras miliare del camino de la codificación fueron el código civil alemán de 1896 y el código civil suizo de 1912. Todos estos códigos llevaron a la práctica los postulados elementales de la escuela del Derecho natural. Otorgaron al individuo una cierta esfera de libertad, dándole poder de adquirir propiedad, contratar con sus congéneres y fundar una familia. Todos estos derechos son —como hemos visto— elementos necesarios del concepto de Derecho en su forma pura y más desarrollada.

La influencia ejercida por la escuela del Derecho natural en el desarrollo político y jurídico de los Estados Unidos fue de diferente naturaleza, pero —como ya se ha demostrado— de importancia menor.⁷⁶ El Derecho natural no sólo fue un factor poderoso en el periodo de creación de las instituciones políticas y jurídicas de Norteamérica, sino que ejerció también una influencia poderosa en el subsiguiente desarrollo de aquéllas. Operó como fuerza latente o abiertamente reconocida en un gran número de decisiones judiciales estatales y federales.⁷⁷ No sería exagerado decir que ninguna otra filosofía ha modelado y formado el pensamiento y las instituciones norteamericanas en la medida en que lo ha hecho la filosofía jusnaturalista en la forma que le dieron los siglos XVII y XVIII.

⁷⁶ Véase, *supra*, Sec. 25.

⁷⁷ Véase Haines, "The Law of Nature in State and Federal Judicial Decissions" (1916), *Yale Law Journal*, vol. XXV, pp. 617 ss.; *The Revival of Natural Law Concepts* (1930), pp. 104 ss.

VIII. LA RESURRECCIÓN MODERNA DEL DERECHO NATURAL

29. Introducción

DESDE mediados del siglo XIX hasta comienzos del XX, la teoría del Derecho natural sufrió un eclipse prolongado. Fue desplazada por el historicismo y el positivismo jurídicos. Los juristas historicistas negaban la existencia y la posibilidad de un Derecho racional e inmutable, escrito en las estrellas, y trataron de explicar el Derecho por referencia a su origen y desarrollo históricos. Los juristas positivistas y analíticos trataron de limitar el campo de la teoría jurídica a un análisis técnico del Derecho positivo, establecido y aplicado por el Estado.¹ La idea de un Derecho superior basado en la naturaleza o la razón y superior a todo el Derecho positivo promulgado por el Estado tendió a desaparecer de la ciencia del Derecho y de la filosofía jurídica y a fines del siglo XIX parecía extinguida para todo propósito práctico.

Sin embargo, el siglo XX ha sido testigo de una resurrección y renacimiento del Derecho natural.² Las viejas teorías reaparecieron con un ropaje nuevo y se

¹ Véase, *infra*, Sec. 53.

² Cf. Haines, *The Revival of Natural Law Concepts* (1930); Charmont, "La Renaissance du droit naturel" (1910), trad. al inglés parcialmente por Scott en *Modern French Legal Philosophy*, vol. VII de la Serie "Modern Legal Philosophy" (1916), pp. 65-146.

multiplicaron los intentos de formular nuevas teorías jusnaturalistas —a veces en confusa variedad—. La causa de este renacimiento del Derecho natural debe buscarse en la aparición en el mundo occidental de nuevas tensiones políticas, sociales y económicas, que no podían ser fácilmente resueltas mediante los conceptos e instituciones tradicionales del Derecho positivo. Vamos a describir brevemente el proceso que condujo a una reconsideración de la naturaleza y principios básicos del Derecho.

Desde el siglo XVI en adelante las oleadas de individualismo y capitalismo que barrieron Europa y América transformaron la estructura social, económica y jurídica del mundo occidental. En la esfera del Derecho la transformación se produjo bajo el influjo revolucionario de la escuela jusnaturalista. Pero no prevaleció por completo el racionalismo de esta escuela; fue mitigado por los frenos que puso al celo de los reformados jurídicos la escuela histórica del Derecho, expresión de las fuerzas conservadoras. En conjunto puede decirse que los sistemas jurídicos del siglo XIX representaron una realización de los postulados del Derecho natural, templados por concesiones a la continuidad histórica. Tal era el material con el que se enfrentó el positivismo cuando emprendió la tarea de analizar los sistemas legales existentes desde el punto de vista técnico. Pudo permitirse dar de lado la filosofía porque el Derecho existente parecía, en conjunto, satisfactorio y apropiado a las exigencias de la época, y no incitaba, por tanto, a las mentes humanas a la especulación filosófica.

Pero la historia no permanece en reposo. Los momentos de satisfacción e inmovilidad son breves y surgen en seguida nuevas fuerzas que discuten o niegan la validez de las cosas tal como existen. En la se-

gunda mitad del siglo XIX el desafío al orden existente lo lanzó el movimiento ascendente del proletariado, bajo la bandera del marxismo. Este movimiento desencadenó un ataque frontal contra el orden económico, social y jurídico existente. El individualismo, el liberalismo, el capitalismo, el Derecho, el Estado y los demás valores reconocidos fueron objeto de una crítica violenta y negadora.³ Cuanto mayor ascendiente adquirió el marxismo sobre los trabajadores de Europa, menos posible fue a los defensores del orden social y jurídico existente mantener una actitud quietista. Se hizo necesario aceptar el reto y admitir tácitamente que todos los valores hasta entonces reconocidos en la cultura occidental no merecían la pena de que se les defendiera. Hubo que recurrir otra vez a la filosofía, con objeto de luchar contra las nuevas fuerzas que avanzaban o de llegar a un compromiso con ellas.

La mayor parte de las nuevas filosofías jurídicas que surgieron en Europa a comienzos del siglo XX constituyen intentos de hacer frente al socialismo.⁴ Hay dos rasgos que son característicos de todas ellas. Por una parte admiten la necesidad de abandonar el individualismo puro y sin mezcla y el *laissez-faire*; hay en todas ellas un elemento social, que se hace sentir en el reconocimiento del poder del Estado de interferir en el libre juego social de las fuerzas económicas. Con distintos matices, los jusnaturalistas modernos consi-

³ Sobre la interpretación marxista del Derecho, véase, *infra*, Sec. 40.

⁴ No deja de tener significación el hecho de que Stammler iniciase la resurrección de la filosofía jurídica con un ataque a la interpretación marxista del Derecho. Véase Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2a. ed. (1906). [Hay trad. española de W. Roces, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, Madrid, 1929.] Y véase, *infra*, Sec. 41.

deran el Derecho, no como un mero instrumento para la protección y mantenimiento de los intereses individuales, sino también como medio de fomentar y promover el bien común. Muchos de ellos se muestran dispuestos a hacer algunas concesiones a las nuevas fuerzas colectivas de la época y a llenar la forma del Derecho con un mayor contenido social. Por otro lado los nuevos jusnaturalistas defienden generalmente los valores tradicionales frente al ataque revolucionario del marxismo. Buscan sus raíces filosóficas en el pasado y tratan de conservar, en lo posible —dadas las circunstancias—, las instituciones y características tradicionales del Derecho. Cuando se examinan las varias manifestaciones del moderno Derecho natural debe tenerse presente este doble aspecto de la teoría.

30. *El Derecho natural neokantiano*

Rudolf Stammler (1856-1938) fue el fundador de la nueva filosofía jusnaturalista alemana. Tiene el mérito de haber hecho resurgir el interés filosófico por la teoría del Derecho, no sólo en Alemania, sino también en otros países. En sus numerosas obras insistió continuamente en que además de investigar el Derecho positivo, era necesario hacer una teoría del "Derecho justo". Pero señaló que el contenido sustantivo del Derecho no puede ser determinado de una vez por todas, mediante una prueba universalmente válida, porque la sociedad está cambiando constantemente y el Derecho positivo tiene que adaptarse siempre a las condiciones particulares de lugar y tiempo. Una teoría del Derecho que pretenda validez universal —decía Stammler— tiene necesariamente que ser de carácter formal. Tiene que emanciparse del material empírico

del Derecho positivo, demasiado confuso en su variedad. Tiene que basar sus proposiciones fundamentales en el razonamiento lógico y en nociones *a priori*, y guiarse por principios derivados de la teoría del conocimiento de Kant. Sólo de este modo —creía Stammler— pueden los conceptos y definiciones de la teoría jurídica alcanzar los atributos de necesidad lógica y validez general que son las características distintivas de la verdadera filosofía.

Al desarrollar esta teoría del Derecho, Stammler hizo una distinción aguda entre el *concepto* y la *idea* del Derecho. El concepto del Derecho —decía— ha de ser definido de tal modo que cubra todas las manifestaciones y formas posibles del Derecho en la historia de la humanidad. Stammler creía que había encontrado tal definición en la siguiente fórmula: "El Derecho es el querer entrelazante, inviolable y autárquico."⁵ En esta fórmula hay una serie de elementos. El Derecho es un querer colectivo, es decir, una manifestación de la vida social. Es un instrumento de cooperación social, no un arma para la satisfacción de deseos puramente subjetivos de los individuos. Se trata, además, de un querer entrelazante que es autárquico y soberano. Las normas del Derecho, una vez establecidas, pueden pretender fuerza coactiva. Obligan, independientemente de la inclinación personal de cada ciudadano, a seguirlas. Esto —decía Stammler— distingue al Derecho de las costumbres y convenciones, que constituyen meras invitaciones a los ciudadanos a acomodar su conducta a ellas, pero no pretenden

⁵ Stammler, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed. (1928), p. 93. (Hay trad. española de W. Roces, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1930.) [Sobre la traducción castellana de la definición de Stammler, véase Recaséns, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, 2a. ed., Barcelona, 1936, pp. 55 ss. (T.)]

ser absolutamente obligatorias. Además las normas jurídicas contienen un elemento de inviolabilidad. Esto quiere decir que son estrictamente obligatorias no sólo para quienes están sujetos a ellas, sino también para aquellos a quienes se ha confiado su creación y promulgación. Aquí reside la diferencia entre el Derecho y el poder arbitrario. Una norma jurídica tiene que ser observada por los órganos del Estado mientras esté en vigor, en tanto que un mandato arbitrario no obliga en modo alguno a su autor para ningún caso futuro.⁶ Pero, por extraño que parezca, este criterio no significa para Stammler la incompatibilidad entre Derecho y despotismo. Incluso en un Estado puramente despótico —decía— hay una norma jurídica no escrita que establece que las relaciones jurídicas de los súbditos están determinadas exclusivamente por las decisiones particulares del gobernante. Stammler creía que esta norma jurídica cabe dentro de su definición del Derecho como el querer entrelazante, inviolable y autárquico. Concuerda con la opinión expresada más tarde por Kelsen de que el despotismo —aunque pueda ser socialmente indeseable— tiene que ser considerado como una forma de Derecho.⁷ Incluso la guerra —decía— es una institución jurídica, porque es un medio de proteger o recobrar derechos amenazados o violados. Es —en el campo de las relaciones internacionales— un sustitutivo del procedimiento judicial y la ejecución forzosa en el seno de un orden jurídico.⁸ En la doctrina de Stammler no hay contradicción entre Derecho y poder político.

⁶ Stammler, "Recht und Willkür", *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge* (1925), vol. I, pp. 87 ss.

⁷ Stammler, *Rechtsphilosophie*, p. 93; "Recht und Willkür", *loc. cit.*, vol. I, p. 111; cf. *infra*, Sec. 54.

⁸ Stammler, *Rechtsphilosophie*, p. 95.

Estos dos conceptos se sobreponen uno al otro, completándose mutuamente. El Derecho puede ser poderoso o débil y el poder político puede ser beneficioso u opresor. Es equivocado decir —en opinión de Stammler— que en el curso de la civilización el poder se convierte en Derecho. Creía que incluso en las organizaciones sociales más primitivas encontraba plena realización el concepto de Derecho tal como él lo definía.⁹

Stammler distinguía la *idea* de Derecho de este *concepto* del Derecho. La idea de Derecho es la realización de la justicia. La justicia postula que todos los esfuerzos jurídicos se dirijan a la finalidad de lograr la armonía más perfecta de la vida social que sea posible conseguir dentro de las condiciones de lugar y tiempo. La idea de ajustar los deseos individuales a las finalidades de la comunidad tiene, pues, que ser un principio universal de regulación jurídica. El contenido de una norma jurídica es justo si consigue producir una armonía entre los propósitos del individuo y los de la sociedad. El ideal social es para Stammler “una comunidad de hombres de voluntad libre”.¹⁰ El término “libre” en el sentido que lo emplea aquí Stammler no denota —como podría suponerse, dado el significado ordinario de la palabra— un acto volitivo que esté determinado por el deseo subjetivo y arbitrario de un individuo; por el contrario, para Stammler es “libre” aquel acto que está dirigido por una finalidad o motivo que es objetivamente deseable y está justificado desde el punto de vista del interés común.¹¹ El

⁹ *Ibid.*, pp. 101, 157.

¹⁰ *Ibid.*, p. 204; *idem*, *Theory of Justice*, trad. inglesa Husik (1925), p. 153; *Wirtschaft und Recht*, 2a. ed. (1906), p. 563.

¹¹ Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 2a. ed. (1906), pp. 356, 357, 563.

“ideal social” contempla una comunidad de hombres en la cual cada miembro hace suyas las finalidades y propósitos objetivamente justificados de sus congéneres. El Derecho —si trata de realizar la justicia— tiene que ser guiado por el ideal social; sus esfuerzos tienen que ser dirigidos al logro de “una comunidad de hombres de voluntad libre”. En el intento de realizar este ideal, el legislador debe tener presente cuatro principios fundamentales:

1. El contenido de la volición de una persona no debe depender del deseo arbitrario de otra.

2. Toda exigencia jurídica debe tener tal forma que la persona obligada pueda conservar la independencia de su personalidad.

3. Una persona sujeta a una obligación jurídica no debe ser excluida arbitrariamente de la comunidad jurídica.

4. Todo poder de disposición concebido por el Derecho sólo puede ser excluyente en el sentido de que la persona excluida pueda conservar su personalidad independiente.¹²

¿Qué significan en sustancia esos principios formulados a la manera abstracta típica de Stammler? Significan que cada miembro de la comunidad ha de ser tratado como un fin en sí y no debe convertirse en objeto de la voluntad meramente subjetiva y arbitraria de otro. Nadie debe usar a otro simplemente como un medio para el logro de sus propios fines. “Debe tomarse como principio, en la realización del ideal social, domeñar los deseos propios personales por respeto a los demás y hacerlo así con absoluta

¹² *Idem, Theory of Justice*, trad. inglesa Husik, p. 161. El autor ha modificado ligeramente el texto de la referida traducción inglesa.

reciprocidad.”¹³ Esta idea de una comunidad de hombres de voluntad libre que se tratan recíprocamente como fines en sí, es esencialmente kantiana. Sin embargo, el ideal social de Stammler difiere del kantiano en que es, en conjunto, menos individualista. La definición que da Kant del Derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad”,¹⁴ deja mayor espacio a la libertad individual que la “comunidad de hombres de voluntad libre” stammleriana, especialmente si consideramos el sentido que da Stammler a la palabra “libre”. Stammler declaraba expresamente que no consideraba que la libertad y la igualdad, en el sentido político de las dos palabras, fuesen condiciones necesarias del Derecho justo.¹⁵ Debe notarse también que la fórmula de Stammler, en sus términos abstractos, deja espacio para una mayor variedad y diversidad en el Derecho positivo que la fórmula de Derecho natural expuesta por Kant. “No hay una sola norma jurídica —decía Stammler— cuyo contenido positivo pueda ser fijado *a priori*.”¹⁶ En su opinión dos sistemas jurídicos que tengan normas y principios jurídicos diferentes pueden ser conformes a su ideal social. Este ideal no es un sistema de Derecho natural, sino un mero principio formal, por el cual puede juzgarse la justicia o injusticia de una norma jurídica positiva, sin prejuzgar la validez y fuerza obligatoria de aquella norma. Es, a lo más, un “Derecho natural de contenido variable”.¹⁷

¹³ *Ibid.*, p. 161.

¹⁴ Véase, *supra*, Sec. 26.

¹⁵ Stammler, *Theory of Justice*, p. 147.

¹⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹⁷ Stammler, *Wirtschaft und Recht*, p. 165. En sus últimas

Tiene muy poco de común con el Derecho natural eterno e inmutable del periodo clásico.

En contraste con Stammler, el filósofo italiano del Derecho Giorgio Del Vecchio cree en la existencia de un Derecho natural absoluto, que en su opinión es idéntico a la idea de justicia. Aceptando los dogmas fundamentales de la ética kantiana, deriva el Derecho de la naturaleza del hombre como ser racional. La autonomía de la personalidad humana es para él la base de la justicia. Está convencido de que la evolución de la humanidad conduce a un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía humana y, por ende, a una gradual realización y triunfo final del Derecho natural.

Es cierto —dice— que el valor absoluto de la persona, la libertad igual de todos los hombres, el Derecho de cada uno de los asociados a ser partícipe activo y no meramente pasivo en la legislación, la libertad de conciencia y todos los demás principios en que puede compendiarse la sustancia de la Filosofía del Derecho clásico (*iuris naturalis scientia*), han recibido ya clara sanción en los sistemas jurídicos positivos y otros serán sancionados y reconocidos en el curso del tiempo.¹⁸

Del Vecchio sostiene que toda relación social tiene que ser modelada y medida según la ley universal de personalidad. Todo ser humano puede exigir de sus

obras Stammler dejó de emplear esta fórmula, que fue recogida por Charmont, *op. cit.*, p. 217.

¹⁸ Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 3a. ed. (trad. alemana del propio Del Vecchio, 1937), p. 472 [hay trad. española de Luis Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, 2a. ed., Barcelona, 1935-1936]; *idem*, *The Formal Bases of Law*, trad. inglesa Lisle (1914), p. 330. Véase también, *idem*, "Ethics, Law and the State" (1935), *International Journal of Ethics*, vol. 46, pp. 34 ss.

semejantes que no le traten como un mero instrumento u objeto.

No extender su arbitrio hasta el extremo de imponerlo a otros, no tratar de subyugar a quienes, por su naturaleza, como seres humanos, sólo están sujetos a sí mismos.¹⁹

Puede discernirse claramente el origen kantiano de estas ideas, pero hay que subrayar que Del Vecchio difiere considerablemente de la teoría del Estado de Kant. Para el filósofo de Königsberg, un Estado es meramente "una combinación de hombres bajo normas jurídicas". Para Del Vecchio el Estado es "la organización más perfecta, el poder supremo que regula toda actividad humana".²⁰ El Estado puede extender su poder de regulación a todas las formas de la vida social humana y su deber más alto es fomentar y promover el bien común; pero, al hacerlo así, el Estado debe observar las formas jurídicas. Debe reconocer el valor de la personalidad humana e imponer límites a su propia actividad en cualquier punto en que pueda estar amenazado ese valor.²¹

El Estado —dice Del Vecchio— no es instrumento del individualismo puro, ni del colectivismo puro. Es una institución que trasciende esa oposición y la supera en un plano más elevado de síntesis. Con esta convicción Del Vecchio abandona el terreno del individualismo kantiano y entra en la órbita de la filosofía hegeliana del Estado. Su *Filosofía del Derecho* es un excelente ejemplo del carácter equívoco y dual del

¹⁹ Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, ed. alemana, p. 463.

²⁰ *Ibid.*, p. 357.

²¹ *Ibid.*, pp. 385, 286.

jusnaturalismo del siglo xx. Por una parte trata de resucitar el Derecho natural kantiano, individualista. Por otro lado admite el poder del Estado de interferir con la libertad individual en interés del bien público. No deja de ser significativo que haya sido partidario activo del gobierno fascista italiano.

31. *El movimiento del "Derecho libre"*

El movimiento del "Derecho libre" que surge en la Europa continental a comienzos del siglo xx, puede ser considerado como un intento de poner en práctica el concepto stammleriano de "un Derecho natural de contenido variable". El movimiento se originó como protesta contra el escolasticismo que prevalecía en la práctica judicial de Francia y Alemania en la segunda mitad del siglo xix. Los partidarios del "Derecho libre" negaban que las normas y disposiciones del Derecho positivo constituyen una base suficiente para la decisión de los casos reales. Atacaban la afirmación de los juristas analíticos de que el orden jurídico sea un todo consistente y que todos los casos puedan ser decididos sobre la base de las leyes existentes y las procedentes mediante un proceso de deducción lógica.²²

Sostenían que hay y habrá siempre, en el Derecho, lagunas que tiene que llenar el juez. Su tesis general era la de que al llenar esas lagunas el juez tiene que tomar en cuenta las convicciones éticas y las opiniones sociales predominantes en el lugar y en la época en que viva. Postulaban que el juez debía analizar las fuerzas que operan en la sociedad. Debía, al resolver un caso cualquiera, examinar, ponderar y contrapesar los

²² Véase, *infra*, Sec. 53.

intereses en conflicto, y dictar sentencia de acuerdo con el sentido de justicia dominante en la comunidad. Así pues, según la doctrina del Derecho libre, el juez, al decidir un caso para cuya solución no hubiera una base formal clara en el Derecho legislado o jurisprudencial existente, debía recurrir a una fuente ajena al Derecho positivo. Basando tal decisión en las convicciones morales y el sentimiento de justicia que prevalezcan en la comunidad o nación a la que representa, el juez está en realidad obligado a aplicar una especie de Derecho natural, pero no se trata del Derecho natural eterno e inmutable de la época clásica de la doctrina. Los postulados y principios del "Derecho libre" son flexibles, están sujetos a evolución y modificación. Cambian con la sociedad que les da vida. En este sentido la doctrina del Derecho libre cree en la existencia y el valor práctico de un "Derecho natural de contenido variable".

El movimiento del "Derecho libre" fue iniciado en Francia por el gran jurista François Gény (n. 1861). En su célebre tratado *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*²³ señalaba que las fuentes formales del Derecho eran incapaces de cubrir todo el campo de acción judicial. Demostró que siempre se deja al juez una esfera más o menos amplia de libre discreción, dentro de la cual puede aquél ejercer una actividad mental creadora. Esta actividad, decía Gény, no debe ejercerse según los sentimientos personales, incontrolados y arbitrarios del juez. La libre decisión judicial —sostenía— debe basarse en la investigación

²³ La primera edición de esta obra apareció en 1899; la segunda, revisada, en 1932. Algunos capítulos importantes han sido traducidos por Brucken, bajo el título "Judicial Freedom of Decision", en *The Science of Legal Method*, vol. IX, "Modern Legal Philosophy" (1917), pp. 1-46.

científica libre (*libre recherche scientifique*). El juez debía tratar de dar la máxima satisfacción posible a los deseos de los litigantes, en tanto fuera compatible con los fines generales de la sociedad. El método de realizar esta tarea debía ser

[...] reconocer los intereses presentes, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos, como si dijéramos, en la balanza de la justicia, con objeto de asegurar la preponderancia de los más importantes, medidos con arreglo a un criterio social y, finalmente, establecer entre ellos ese equilibrio tan eminentemente deseable.²⁴

Con objeto de llegar a un justo equilibrio de intereses, el juez debe —según Gény— estudiar cuidadosamente los sentimientos morales dominantes e investigar las condiciones económicas y sociales de la época y el lugar. Debe respetar en lo posible la voluntad autónoma de las partes expresada en los contratos, testamentos y otros actos jurídicos, pero debe atender a que esa voluntad autónoma de las partes no choque con los principios del “orden político”.²⁵

En Alemania el movimiento del “Derecho libre” lo encabezaron Hermann Kantorowicz (1877-1940) y Ernst Fuchs (1859-1929).²⁶ Ambos defendieron una libertad de decisión judicial de largo alcance. Postulaban que el juez debía llenar las lagunas inevitables en

²⁴ Gény, “Judicial Freedom of Decision”, p. 15. [*Méthodes d'interprétation* etc., ed. 1919, II, p. 167.]

²⁵ *Ibid.*, p. 42.

²⁶ Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906); Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (1925); Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (1909) y *Juristischer Kulturkampf* (1912).

Hay que notar que en años recientes Kantorowicz ha hecho concesiones a la concepción tradicional del Derecho.

el Derecho mediante una actividad creadora libre, de conformidad con las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo, y otorgando una especial consideración a las circunstancias de cada caso.

En relación con el movimiento del "Derecho libre" está la denominada "jurisprudencia de intereses", defendida en Alemania por Philipp Heck (n. 1858). Es un movimiento más conservador que la doctrina del Derecho libre. "Heck considera las normas jurídicas como juicios de valor, como pronunciamientos acerca de cuál de los intereses de los grupos sociales contrapuestos debe prevalecer, o tal vez de que los intereses de ambas partes deben ceder a los de un tercero o de la comunidad en conjunto."²⁷ Para llegar a una decisión justa, el juez debe averiguar cuáles de los intereses eran los que el legislador trataba de proteger mediante una disposición legal determinada. El favorecido y preferido por la ley es el que debe prevalecer. Así la "jurisprudencia de intereses" está de acuerdo con el movimiento del "Derecho libre" en rechazar una "jurisprudencia conceptual" puramente interpretativa; la investigación de los intereses y no la lógica ha de ser la preocupación primaria del procedimiento judicial.²⁸ Pero Heck y sus adeptos insisten con mayor fuerza que los partidarios del Derecho libre en la subordinación del juez a la norma escrita y promulgada.

El movimiento del Derecho libre y las escuelas de jurisprudencia con él relacionadas deben ser considerados como una reacción total contra la jurisprudencia europea puramente lógica e interpretativa de las últimas décadas del siglo XIX. Esos movimientos pro-

²⁷ Rheinstein, "Sociology of Law" (1938), *Ethics*, vol. 48, p. 233.

²⁸ Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), p. 4.

movieron un viraje en la Ciencia Jurídica hacia la Sociología. Contribuyeron al desarrollo de un intenso interés por las bases sociales y económicas del Derecho y por la realidad de la vida jurídica.²⁹ Pusieron las decisiones judiciales en contacto más íntimo con los hechos y demandas de la vida social, particularmente en Alemania, donde había prevalecido en los tribunales un escolasticismo logicista. Por otra parte hay que tener en cuenta que algunas de las características del movimiento llevan consigo tendencias peligrosas. Incitar al juez a que tenga en cuenta el sentido de justicia de la comunidad puede ser inocuo —e incluso justificado— en una época en que hay un acuerdo casi unánime respecto a los valores sociales fundamentales. En épocas de tensión y conflicto social, en que los hombres discrepan acerca de problemas fundamentales de política social, será difícil para el juez averiguar los sentimientos predominantes en la comunidad. Es probable que su juicio se tiña y se deje influir por sus propias convicciones políticas y sociales. Esto puede aumentar las características arbitrarias de la administración de justicia y producir una crisis judicial que venga a añadirse a la crisis general. El resultado de tal crisis y confusión puede ser una dictadura política en la que las "opiniones predominantes en la comunidad" sean dictadas desde arriba e impuestas por la coacción y el terror.

Quien simpatice con los objetivos del movimiento del Derecho libre debe darse cuenta de esos peligros que han demostrado su realidad en el caso de Alemania. La administración de justicia en el Tercer Reich

²⁹ Nussbaum en su *Rechtstatsachenforschung* (1914), fue uno de los primeros en pedir un estudio a fondo de las bases reales de las instituciones jurídicas. Véase también su "Fact Research in Law" (1940), *Columbia Law Review*, vol. 40, pp. 189 ss.

de Adolf Hitler es "libre" en el sentido de que las bases jurídicas formales no son consideradas como las fuentes únicas del Derecho. El juez nazi al dictar sentencia tiene que actuar de acuerdo con los principios generales de la concepción nacionalsocialista del mundo. En la aplicación del Derecho penal, por ejemplo, a falta de ley, puede castigar a un hombre si el "sentimiento sano del pueblo" exige su castigo.³⁰ Ideas de este tipo no son totalmente extrañas a los postulados del movimiento del Derecho libre. De hecho esos postulados pueden realizarse con más facilidad en un Estado autoritario en el que se impone desde arriba —mediante la propaganda o la coacción— el acuerdo respecto a los problemas fundamentales, que en un Estado libre, donde hay necesariamente amplias divergencias de opinión en cuanto a los aspectos fundamentales de la política social. La experiencia histórica parece demostrar que "la justicia sin Derecho" —es decir, una justicia cuya administración no esté ligada por reglas estrictas y definidas— está a menudo unida con un tipo de gobierno autocrático.³¹ Sería exagerado decir que la "justicia sin Derecho" es la meta del

³⁰ Cf. Ley de 28 de junio de 1935 (*Gaceta Oficial Alemana*, vol. I, p. 839): "Es punible todo acto que la ley declara por tal, o que merece castigo según los principios de cualquier ley penal y según el sentimiento sano del pueblo."

³¹ Por ejemplo, en los días de la república romana la tendencia era hacia la eliminación de la discreción judicial y hacia la administración de justicia criminal según normas jurídicas definidas. Bajo Augusto y sus sucesores se convirtió en regla el castigo según la libre discreción del juez. Véase Levy, "Statute and Judge in Roman Criminal Law" (1938), *Washington Law Review*, vol. 13, p. 291.

El hecho de que las formas autoritarias de gobierno prefieran una administración de justicia discrecional ha sido subrayado por Max Weber, *Economía y sociedad*, vol. I, pp. 648 ss.; Fondo de Cultura Económica, 1964.

movimiento del "Derecho libre", pero hay que darse cuenta de que tal puede ser el resultado del movimiento, a menos que se subrayen cuidadosamente sus límites, y a menos que se observe un cierto grado de preocupación y moderación en la formulación de sus principios.

32. *La teoría jurídica de Léon Duguit*

El jurista francés Léon Duguit (1859-1928) se concepitúa a sí mismo como la expresión del positivismo y el realismo en la teoría jurídica. En realidad, resultó ser el autor de una de las doctrinas jusnaturalistas más extrañas de toda la historia de la ciencia jurídica.

Como muchos de sus contemporáneos, atacó al individualismo en el terreno de la Ciencia del Derecho. Quería suplantarlo el sistema tradicional de derechos legales, por otro que no reconociese más que deberes jurídicos. Según Duguit no hay derechos individuales inalienables; los hombres no tienen más que deberes, basados en obligaciones respecto a la comunidad, y llevados a la práctica por el Derecho. En oposición a la teoría fascista del Derecho, Duguit rechazaba todo absolutismo del poder estatal. Quería, por el contrario, despojar al Estado y a sus órganos de todos los derechos soberanos y los demás atributos de soberanía de que le había dotado la doctrina tradicional del Derecho público.³² Para Duguit las autoridades gobernantes, como los ciudadanos, no tienen derechos, sino deberes. Su actividad debe limitarse a la realización de ciertas funciones sociales, la más importante de las cuales es la organización y mantenimiento de

³² Véase, *supra*, Sec. 12.

los servicios públicos. Es deber del gobernante garantizar un funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos. El modo más eficaz de conseguir esta finalidad sería una descentralización de gran alcance y la autonomía técnica de los servicios públicos en un Estado de estructura sindicalista.

La función social del Derecho, según Duguit, es la realización de la solidaridad social. Es este concepto la noción central de la teoría de Duguit. Para él es un hecho real, no un mero postulado.

El hecho de la solidaridad social no es discutido, ni puede en verdad ser discutido. Es un hecho de observación, que no puede ser objeto de controversia [...]. La solidaridad es un hecho permanente, siempre idéntico a sí mismo, el elemento constitutivo irreductible de todo grupo social.³³

Dada esta verdad evidente por sí misma, ¿cuál otra, sino la solidaridad social —pregunta Duguit— puede ser la base del Derecho? La “regla jurídica” (*règle de droit*) exige de todos y cada uno que contribuyan a la realización plena de la solidaridad social. Impone por igual a los gobernantes y a los gobernados el deber de abstenerse de todo acto que esté determinado por una finalidad incompatible con la realización de la solidaridad social.³⁴ La “regla jurídica” debe constituir una limitación definida al poder de las autoridades gobernantes. Ninguna ley ni orden administrativa es válida si no es conforme a los principios de solidaridad social y de interdependencia social. Duguit no aclara quién ha de ser el árbitro final que decida si una ley u

³³ Duguit, “Objective Law” (1920), *Columbia Law Review*, vol. 20, p. 830.

³⁴ Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), p. 87.

orden administrativa viola la "regla jurídica". En una de sus obras parece sugerir que se debería confiar a un tribunal compuesto de miembros de todas las clases la interpretación autorizada del concepto de "solidaridad social".³⁵ Duguit estaba tan convencido de que la solidaridad social prevalecía efectivamente en la sociedad y era su fuerza motivadora, que aparentemente no se dio cuenta de las enormes dificultades con las que tendría que enfrentarse tal tribunal. No percibió que sólo una dictadura podría imponer —mediante el terror y la coacción— un concepto de solidaridad social que fuese aceptado por todos los grupos, clases e individuos.

Duguit confesaba abiertamente su intención de crear una teoría enteramente positivista, realista y empírica del Derecho, libre de todo elemento metafísico o jusnaturalista. En realidad, como ha señalado Gény, la "regla jurídica" de Duguit, basada en la idea de "solidaridad social" es totalmente metafísica y está muy alejada de los dominios del positivismo jurídico y el empirismo.³⁶ El destino —trágico en cierto modo— de la mayor parte de sus teorías fue que prepararon el terreno para que se produjeran las condiciones y resultados que trataba de evitar el autor. Puede decirse con entera seguridad que el "Derecho natural" socializado de Duguit constituye un *intermezzo* extraño en la historia de la teoría jurídica, que dejará pocos rastros en la realidad jurídica viva.

³⁵ Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et les transformations de l'état* (1911), p. 58.

³⁶ Gény, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1925), vol. II, p. 248.

33. *El neotomismo y la teoría de la institución*

El funcionalismo social de Duguit no goza ya de una posición preeminente en la Francia contemporánea. Ha sido desplazado por una filosofía del Derecho metafísica, de carácter decididamente católico, que deriva su inspiración de las enseñanzas de Santo Tomás. Esta filosofía del Derecho, a la que se llama generalmente neotomismo o neoescolasticismo, ha sido aceptada —en sus dogmas fundamentales— con tanta amplitud por los juristas más destacados de la Francia contemporánea que puede afirmarse que es la dominante en la teoría jurídica francesa actual. Hombres como Gény, Saleilles, Charmont, Hauriou, Renard y Le Fur difieren en muchos aspectos importantes de sus concepciones jurídicas, pero tienen una actitud fundamental común respecto a los fenómenos de la ciencia y la filosofía jurídicas. Ese elemento común es la creencia en un Derecho natural, anterior al positivo y superior a él. No se trata ya del Derecho natural racionalista del periodo clásico de la escuela jusnaturalista. La moderna filosofía francesa busca las fuentes de su pensamiento en un periodo considerablemente anterior. Retrocede hasta la Edad Media y trata de resucitar la filosofía escolástica de Santo Tomás de Aquino.

El Derecho natural de la escuela clásica era hijo de un periodo individualista. Era expresión del liberalismo y del capitalismo ascendentes. Su concepto del Derecho tenía una estrecha relación con los de libertad e igualdad. El Derecho natural tomista, por el contrario, era expresión del pensamiento religioso católico. Santo Tomás consideraba el Derecho como una participación humana en la razón eterna de Dios.³⁷ Las

³⁷ Véase, *supra*, Sec. 22.

reglas del Derecho natural que expuso eran, por una parte, meros mandatos religiosos y morales; por otra, formulación de algunos principios muy amplios y generales. "El hombre está obligado hacia todas las personas en general a no dañar a ninguna... Por la justicia propiamente dicha el hombre paga a todos lo que les es debido."³⁸ Éste es el tipo de norma jurídica característica del Derecho natural tomista y escolástico.

Los neotomistas aceptan el concepto de Derecho natural que sostuvo Santo Tomás. Descartan la idea de la escuela jusnaturalista clásica de que el Derecho natural es un orden inmutable de reglas jurídicas definidas y concretas, contenidas en algunos principios generales y abstractos. Renard dice que el Derecho natural es idéntico a la idea de bien común y de justicia y que comprende aquellos principios que derivan directamente de la naturaleza del hombre en cuanto ser de razón.³⁹ Le Fur sostiene que hay tres principios del Derecho natural: observar los pactos libremente concluidos, reparar los daños injustamente infligidos a otra persona y respetar la autoridad.⁴⁰ Géný identifica el Derecho natural con aquellas reglas racionales que emanan de "la naturaleza de las cosas".⁴¹ Un neotomista holandés, Cathrein, considera el principio *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) como el postulado fundamental del Derecho natural.⁴² Todas estas normas de Derecho natural se parecen mucho a las del propio Santo Tomás.

³⁸ *Summa theologiae*, Parte II (Segunda parte), Quaestio 122, art. 6.

³⁹ Renard, *La valeur de la loi* (1928), pp. 14 ss.; *Le Droit l'ordre et la raison* (1927), p. 296.

⁴⁰ Le Fur, *Les grands problèmes du droit* (1937), p. 181.

⁴¹ Géný, "La Notion de droit en France", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* (1931), núms. 1-2, p. 19.

⁴² Cathrein, *Recht, Naturrecht, und positives Recht*, 2a. ed.

Los neotomistas consideran los principios generales del Derecho natural por ellos reconocidos como reglas eternas de validez absoluta. Admiten que sus principios son amplios y vagos. Pero por eso mismo es por lo que tienen ese carácter de reglas de justicia invariables y universalmente válidas. Las aplicaciones específicas de esos principios generales han de dejarse a la legislación positiva. Están sujetas a las exigencias y condiciones de tiempo y lugar. Evidentemente esta teoría deja al legislador mucha más libertad de acción de la que le concedían algunos de los defensores clásicos del Derecho natural. Locke y Pufendorf determinaban claramente lo que debía y lo que no debía hacer el legislador. Los neotomistas franceses especifican mucho menos en este respecto.

Pero los neotomistas no sólo quieren tratar con mayor lenidad que los jusnaturalistas clásicos al legislador en cuanto al contenido de su ley, sino también en lo que se refiere a la *validez* de ésta. Los neotomistas no dicen clara e inequívocamente que una ley positiva que contravenga los principios de Derecho natural tal como ellos los exponen, deba ser nula y sin fuerza de obligar. Es difícil desentrañar su opinión a este respecto. En su mayoría acaso estuvieran dispuestos a aceptar la tesis del jurista neoescolástico húngaro Julius Moór, en el sentido de que una "ley flagrantemente inmoral" debe ser considerada como inválida, en tanto que una ley meramente injusta debe ser observada.⁴³

(1909), p. 222. [Trad. española, "Filosofía del Derecho: El Derecho natural y el positivo", de Alberto Jardón y César Barja, vol. XV de la Biblioteca Jurídica de la Editorial Reus.]

En los Estados Unidos LeBuffe y Hayes, en su *Jurisprudence* (1938), han presentado una teoría de la Ciencia del Derecho de base tomista.

⁴³ Moór, "Das Problem des Naturrechts" (1935), *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 28, pp. 325 ss. a 336.

Tal opinión correspondería a las convicciones de Santo Tomás que no se inclinaba a reconocer —como regla general— un derecho de resistencia contra las leyes injustas.⁴⁴

Íntimamente relacionada con el Derecho natural neotomista está la denominada teoría de la institución, ideada por Maurice Hauriou (1856-1929) y desarrollada en detalle, después de la muerte de su fundador, por Georges Renard (n. 1876).⁴⁵

Hauriou definía así el concepto de institución: "Una institución es una idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social."⁴⁶ Para realizar esa idea se constituye una autoridad, que se provee a sí misma de órganos; además, entre los miembros del grupo social interesados en la realización de la idea surgen manifestaciones de comunión, dirigidas por los órganos de autoridad, y reguladas por normas de procedimiento. Expresando la misma idea general, Renard define la institución como "la comunión de los hombres en una idea".⁴⁷

Se supone que la institución representa la "idea de duración" en el Derecho. El individuo es mortal; los contratos concluidos entre individuos son de carácter transitorio. Es probable que una institución como el Estado, la Iglesia católica, la universidad de Harvard, el Board of Trade (ministerio de Comercio) británico, o la Federación Norteamericana del Trabajo (American

⁴⁴ Véase, *supra*, Sec. 22.

⁴⁵ Hauriou, "La Théorie de l'institution et de la fondation" (1925), en *La Cité moderne et les transformations du droit*, pp. 1-45; Renard, *La Théorie de l'institution* (1930). Véase también, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, núms. 1-2 dedicados a la discusión de la teoría de la institución.

⁴⁶ Hauriou, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ Renard, *La Théorie de l'institution*, p. 95.

Federation of Labor) dure largo tiempo. La idea implicada por tal institución vivirá y perdurará mucho después de que hayan muerto sus fundadores; esa idea es cosa enteramente distinta de los individuos que puedan pertenecer a la institución en un momento determinado. Es interesante notar que Renard encuentra la definición más perfecta de la institución en la Carta del Lavoro fascista italiana, que dice: "La nación italiana es una organización que tiene finalidades, vida y medios de acción superiores en potencia y duración a los poseídos por los individuos o grupos que la integran."⁴⁸

Renard establece un agudo contraste entre institución y contrato. El criterio del contrato es la igualdad. Un contrato sirve a los propósitos meramente subjetivos de dos o más individuos. El criterio de la institución es, por el contrario, la idea de autoridad. La organización de una institución implica diferenciación, desigualdad, autoridad y jerarquía. Exige subordinación del propósito individual a las aspiraciones colectivas de la institución. Los derechos subjetivos de los individuos, típicos en el Derecho de los contratos, son desconocidos para el Derecho institucional. El principio de organización de la institución es el *status* y no el contrato.⁴⁹ Esto no significa, afirma Renard, que los miembros de la institución estén en situación de esclavos; quiere únicamente decir que el bien común de la institución tiene que prevalecer sobre los intereses privados y subjetivos de sus miembros individuales. Renard admite que los miembros de una institución pierden su libertad en un cierto grado; pero, en su opinión, ganan en seguridad lo que pierden en

⁴⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 365.

libertad.⁵⁰ Los derechos subjetivos —dice— son demasiado rígidos; el dinamismo y adaptabilidad de la institución a nuevas condiciones sociales requiere que la situación de cada miembro se fije por un *status* objetivo que aquél no pueda cambiar por un acto de su voluntad. Este *status* es inalienable, intransferible e irrenunciable. Renard está firmemente convencido de que es de desear que el *status* remplace al contrato, no sólo en el Derecho institucional, sino en todas las ramas de la vida social humana. Sir Henry Summer Maine, que creía que el movimiento de las sociedades progresivas iba del *status* al contrato, habría desaprobado la doctrina de la institución, dudando de si su teoría era cierta o si no estaba ya ante una sociedad progresiva.⁵¹

Según la teoría de la institución, el Estado es la manifestación más eminente del fenómeno institucional. Pero los defensores de la teoría no consideran que el Estado sea una entidad omnipotente o totalitaria. Hay otras instituciones —dicen— que gozan de una considerable autonomía e independencia frente a toda interferencia estatal y que representan un contrapeso eficaz del poder del Estado. En primer lugar la familia, la más antigua de las instituciones. Vienen después las congregaciones religiosas —la Iglesia—; siguen las asociaciones profesionales, financieras e industriales, los sindicatos, las agrupaciones de patronos. Cada individuo pertenece a alguna otra institución además del Estado y la autonomía de las diversas instituciones le garantiza un cierto grado de libertad, porque ninguna institución tiene sobre él un poder ilimitado. La teoría institucional se opone al

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 329 ss.

⁵¹ Véase, *infra*, Sec. 48.

estatismo y a esa forma de socialismo que trata de suprimir al individuo haciendo de él un mero diente de la rueda de un Estado omnipotente. Cree en el pluralismo y en la autonomía de las instituciones, naturalmente bajo la supervisión del poder del Estado.⁵²

Cuando tratamos de determinar el lugar sociológico de la teoría de la institución hemos de considerar un aspecto general de su origen y otro particular. De modo general la teoría de la institución es una expresión del viraje, claramente visible en el mundo europeo, del individualismo a una forma de colectivismo. La teoría de la institución es una teoría jurídica y social que desplaza al individuo de su posición de unidad primaria de la vida social, colocando en su lugar al grupo, asociación, corporación u otra institución; pero no es la forma de colectivismo que contemplan el socialismo o el comunismo. Sus supuestos políticos son más bien fascistas que socialistas. En algunos aspectos la teoría de la institución recuerda la del "Estado corporativo" de los fascistas italianos, tal como fue planeada originariamente y que no ha llegado nunca a ser plenamente realizada por ellos. Pero hay entre ambas doctrinas diferencias considerables. La teoría de la institución —al revés que el fascismo— tiende a poner en cierto modo en segundo término la importancia del Estado; prefiere subrayar la importancia de la familia, la Iglesia, la asociación comercial o el sindicato industrial. Esa tendencia sindicalista de la institución indica su naturaleza peculiar de teoría francesa del Derecho. El movimiento hacia el colectivismo ha preferi-

⁵² Véase, Renard, *La Théorie de l'institution*, p. 151; Saleilles, *La personnalité juridique*, 2a. ed. (1922), p. 626. (Saleilles subraya con más fuerza que Renard la necesidad del control del Estado); Gurvitch, *L'Idée du droit social* (1932), pp. 634 ss. Respecto al pluralismo, véase, *supra*, Sec. 14.

do siempre en Francia la estructura sindicalista de la sociedad al puro estatismo que existe, por ejemplo en la Alemania actual. El socialismo revolucionario en Francia se inspiró más bien en hombres como Proudhon y Sorel que en Carlos Marx. Incluso las fuerzas conservadoras y antirrevolucionarias de Francia parecen preferir una estructura sindicalista del Estado, a un Estado centralizado y omnipotente. Esto es tanto más cierto cuanto que las fuerzas conservadoras, que encuentran expresión en la teoría de la institución, están fuertemente aliadas con la Iglesia católica, que prefiere el pluralismo político —es decir, la autonomía de los grupos— a un Superestado unitario que pueda amenazar su poder e independencia.⁵³

34. *Crítica de estas teorías*

No es fácil hacer ninguna afirmación válida para todos los autores estudiados en las anteriores secciones de este capítulo. En muchos aspectos enfocan los problemas jurídicos de modo diferente. Hay, sin embargo, una cierta tendencia común a todos los representantes de un Derecho natural modernizado. Es la tendencia de infundir un ingrediente colectivista en la teoría gene-

⁵³ Es también probable que el elemento racionalista que hay en la filosofía tomista atraiga a los franceses, que son esencialmente racionalistas, más que el irracionalismo y el misticismo racial del movimiento nacionalsocialista alemán. Finalmente el neotomismo puede explicarse como reacción contra la influencia rousseauiana en la teoría política y jurídica. Es un ataque contra el absolutismo democrático y el poder ilimitado de las mayorías que se trata de remplazar por un orden político basado en la autoridad y en la jerarquía. Se trata de una forma de autoritarismo que favorecen los conservadores de la Francia contemporánea.

ral de la Ciencia del Derecho. Se intenta la separación de la teoría del Derecho de la teoría de los derechos. En la escuela jusnaturalista clásica el individuo era el centro de la filosofía jurídica. Se preguntaba: ¿cuánto poder es posible dar al individuo sin poner en peligro el bien común? En el Derecho natural del siglo xx, el centro de la filosofía jurídica se desplaza en mayor o menor grado hacia el todo colectivo. Se pregunta: ¿cuánto poder es posible dar al Estado, o a otra institución colectiva sin aniquilar completamente al individuo?

En la teoría del Derecho de Stammler, las características individuales son relativamente fuertes. Stammler desea que el individuo sea tratado por el Derecho como un fin en sí. Quiere una "comunidad", pero una "comunidad de individuos de voluntad libre". Por otro lado, su definición del Derecho como "el querer entrelazante inviolable y autárquico" contiene pocos de los elementos individualistas que se encuentran en la definición del Derecho de Kant. Su aserto de que Derecho y despotismo no son incompatibles, muestra una falta de auténtica comprensión de la naturaleza del Derecho. Su negación de la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y libertad individual hace que su fórmula general de justicia sea bastante poco significativa. No es claro, no consciente, en su enfoque del Derecho y lo extremadamente abstracto de sus formulaciones hace difícil apreciar los elementos valiosos de su filosofía jurídica.

Del Vecchio tiene una comprensión más clara que Stammler de la naturaleza esencial del Derecho. Tiene conciencia de las contribuciones perdurables que han hecho los filósofos de la escuela clásica del Derecho natural a la teoría jurídica. Se da cuenta de que un sistema jurídico maduro requiere el reconocimien-

to de ciertos derechos individuales. Pero, a la manera hegeliana, pretende confiar al Estado un poder absoluto de regular todos los aspectos de la vida social. Espera que el Estado respete voluntariamente las principales guías del Derecho, sin necesidad de ninguna salvaguardia específica. En este supuesto es posible que sea demasiado optimista.

Muy poco individualismo queda cuando pasamos a la órbita de la teoría de Léon Duguit. Su "regla jurídica" no reconoce ningún derecho; únicamente deberes jurídicos. Duguit no ve que tener deberes y carecer de derechos es el destino de los esclavos. Su idea de basar todo el Derecho en el principio de la "solidaridad social" es una idea bien intencionada, pero está totalmente fuera de la realidad. La "solidaridad social" en la sociedad moderna puede acaso ser impuesta mediante el uso del poder autocrático; pero el Derecho no puede ser nunca un instrumento para imponer a todos los grupos de la población una unidad de intereses. Como hemos visto, su función se mueve en un campo distinto.

Algunas de las objeciones que desde el punto de vista del Derecho pueden hacerse a la teoría jurídica de Duguit, son aplicables también a la teoría neotomista de la "institución". El intento que hacen sus defensores de remplazar el contrato por el *status*, es una recaída en la filosofía del poder. La institución, según Renard, debe ser una estructura autoritaria y jerárquica en la que no queda espacio para los derechos individuales. Va a gobernar una "idea" impersonal que se realiza mediante ciertas "manifestaciones de comunión" dirigidas por los órganos de autoridad. Una ojeada a los modernos Estados totalitarios basta para poner claramente de manifiesto que un orden social basado en tales principios tiene poca conexión con la idea de Derecho.

La objeción general que habría que formular a las teorías jusnaturalistas modernas es que, más que filosofías del Derecho natural, son filosofías de poder disfrazadas. No entro aquí en el problema de si es socialmente deseable que se lleven a la práctica algunas de las propuestas hechas por los defensores modernos del Derecho natural; tal cuestión queda fuera del objeto de este libro. Pero deben tomarse enérgicas precauciones contra la confusión que algunas de estas doctrinas pueden extender entre quienes traten de comprender la naturaleza esencial del Derecho. Hay que tener en cuenta que un orden colectivista que niega todos los derechos individuales, puede únicamente basarse en el poder, no en el Derecho. Es forzoso elegir claramente —y esta elección es fundamental— entre el colectivismo puro y el Derecho puro. La mayor parte de los defensores de un Derecho natural socializado tienden a oscurecer este hecho. Como percibieron netamente la mayor parte de los filósofos jusnaturalistas clásicos, el Derecho presupone el reconocimiento de una cierta medida de derechos individuales, presupone también el reconocimiento de un cierto grado de autoridad pública. Ambos elementos son esenciales al Derecho.⁵⁴ Decir que la “voluntad colectiva” como tal es la fuente y base del Derecho, no es sino otro modo de sancionar el ejercicio de un poder autocrático por parte de los gobernantes del Estado; porque no hay en la sociedad una “voluntad colectiva” clara y unánime, salvo si se impone desde arriba por la fuerza a los miembros de aquélla.

⁵⁴ Véase, *supra*, Secs. 5 y 6.

TERCERA PARTE
LAS FUERZAS MODELADORAS
DEL DERECHO

IX. FUERZAS POLÍTICAS

35. *La transformación del poder en Derecho*

AL ESTUDIAR la historia de los gobiernos y los Estados, encontramos que muchos de ellos debieron su origen al poder y a la fuerza. Los antiguos Estados griegos y el romano fueron fundados por tribus conquistadoras, procedentes del norte, que subyugaron a la población indígena. Las tribus germánicas que invadieron el decadente Imperio romano establecieron su dominio sobre Italia y las provincias romanas en forma semejante. En la Edad Media, el imperio mogólico de Gengis Kan fue el resultado de un sangriento proceso de subyugación y conquista. Según la teoría de Ludwig Gumplowics, todos y cada uno de los Estados que han existido en la historia han tenido su origen en la sujeción de un grupo de hombres por otro grupo o tribu étnicamente diferente.¹ Su discípulo Franz Oppenheimer fue más lejos: llegó a definir el Estado como "una institución social, impuesta por un grupo victorioso a uno derrotado, con el solo propósito de regular el dominio del grupo victorioso sobre el vencido y de asegurarse contra la rebelión interna y los ataques exteriores".² Esta afirmación no es aceptable en toda

¹ Gumplowics, *Der Rassenkampf*, 2a. ed. (1909), p. 219. [Hay trad. española, *La lucha de razas*, La España Moderna, Madrid, s. a.]; *Outlines of Sociology*, trad. inglesa Moore (1899), p. 119. Sobre Gumplowics, véase, también, *infra*, Sec. 56.

² Oppenheimer, *The State*, trad. inglesa Gitterman (1922), p. 15. [Hay trad. francesa.]

su amplitud, pero hay, indudablemente, en la historia muchos ejemplos en que la conquista y la subyugación han servido como medio para fundar Estados y gobiernos.

La conquista y la subyugación desde fuera no han sido los únicos medios de implantar Estados y gobiernos. En muchos casos han surgido de la conquista desde dentro, es decir, de la revolución. Por ejemplo, los Estados Unidos deben su independencia y su forma de gobierno a una lucha revolucionaria contra Inglaterra. Puede señalarse el origen de la monarquía constitucional inglesa en la "Gloriosa Revolución" de 1688. La actual [mayo 1940] república francesa es incomprendible sin la Revolución francesa de 1789, y la Rusia soviética debe su existencia a la Revolución bolchevique de 1917. En todos estos casos se produjo por la fuerza, y la conquista del poder desde dentro origina un cambio decisivo en la estructura del gobierno de una nación.

Aunque la fuerza y la violencia han acompañado en su cuna a muchos Estados y gobiernos, en la mayoría de los casos se ha intentado trastornar el poder usurpado en Derecho. Los nuevos señores han tratado —con éxito más o menos permanente— de dar una base jurídica al orden social recién establecido. El problema de la razón de esta transformación del poder en Derecho es interesante y difícil de investigar y ha motivado muchas teorías que tratan de explicarlo. Spinoza estaba persuadido de que es la fuerza de la razón la que convence a un gobernante prudente de que debe establecer leyes encaminadas al bien común, porque sabe que "nadie puede perdurar mucho tiempo en forma tiránica".³ Otros autores han opinado que

³ Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, trad. Elwes (1895), p. 206.

la transformación del poder en Derecho señala la aceptación de un orden nuevo establecido por la mayoría del pueblo, sobre la base de la convicción de que ese orden es justo, adecuado y benéfico.⁴ Algunos creen que, al convertirse el poder en Derecho, los gobernantes del Estado actúan, al menos en parte, guiados por motivos altruistas humanitarios.⁵ Georg Jellinek defendió la teoría de que las costumbres y prácticas sociales han acabado por producir una convicción de la fuerza normativa de esas costumbres y prácticas en las mentes de los miembros del cuerpo político.⁶

Todas estas explicaciones contienen elementos de verdad. Pero, en realidad, la transformación del poder en Derecho es un proceso muy complicado que no puede ser explicado por la actuación de una sola causa. En el origen, desarrollo y decadencia de los órdenes jurídicos operan innumerables causas. "La evolución de las ideas jurídicas —dice Wigmore— está afectada por un gran número de fuerzas, grandes y pequeñas, que actúan armónicamente o de modo contrapuesto, las unas aquí, las otras allá, en las diferentes partes del Derecho, en los diferentes países y en las diferentes épocas."⁷ Todas aquellas teorías jurídicas que atribuyen el origen y desarrollo del Derecho a la actuación de un solo factor —sea la política, la economía o la psicología— son necesariamente unilaterales. Pueden haber existido ciertas épocas en la historia jurídica en las que uno u otro factor haya podido tener una influencia preponderante o decisiva

⁴ Loening, "Staat", *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, vol. VII, p. 697.

⁵ Fehr, *Recht und Wirklichkeit* (1927), p. 34.

⁶ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed. (1922), pp. 388 ss.; cf. *infra*, Sec. 38.

⁷ Wigmore, *Problems of Law* (1920), p. 34.

sobre el desarrollo del Derecho o de una determinada institución jurídica. Por ejemplo, en los Estados Unidos de hoy las consideraciones económicas son, con frecuencia, de capital importancia para la creación del nuevo Derecho, así como para la adaptación de los viejos principios jurídicos a las condiciones complejas de un mundo industrializado; pero sería inexacto decir que en toda la historia del Derecho y en todas sus ramas ha sido el factor económico la fuerza realmente determinante y controladora.⁸

Al enumerar algunas de las fuerzas sociológicas que han tenido parte en el proceso de transformación del poder en Derecho y en la modelación del desarrollo de las instituciones jurídicas no pretendo agotarlas todas. Mi propósito es simplemente indicar algunos de los factores más importantes que han intervenido en este proceso y dar algunos ejemplos históricos de las afirmaciones generales hechas en este capítulo.

36. El Derecho como compromiso entre grupos opuestos

Con frecuencia el Derecho surge como resultado de una lucha política por el poder o la supremacía entre los diferentes grupos o clases dentro del Estado. En este caso el Derecho es generalmente resultado de un compromiso o acuerdo entre esos grupos con el fin de acabar con la lucha y de llegar a un *modus vivendi* para el futuro. Tal resultado puede lograrse de dos modos. En primer lugar, los dos o más grupos que luchan entre sí por la supremacía o la igualdad de derechos pueden tener aproximadamente la misma fuerza. En

⁸ Véase, *infra*, Sec. 42.

tal caso, una lucha llevada a su extremo podría ser de valor y éxito dudosos y el reajuste pacífico de las diferencias puede aparecer como meta más razonable y deseable. En segundo término, la prudencia, la comprensión o el interés bien entendido del grupo o clase más fuerte puede sugerir la conveniencia de llegar a un acuerdo con otros grupos o clases de la comunidad. Los gobernantes y aristocracias inteligentes se han dado, a veces, cuenta de que es útil y práctico asegurarse la buena voluntad de los grupos y clases más débiles y conseguir su cooperación voluntaria en interés de la estabilidad y prosperidad públicas. No hay medio mejor de conseguir la cooperación leal de las masas que dar a la comunidad política un orden jurídico que defina los derechos y deberes de cada uno y proporcione a todos un mínimo de seguridad personal.

Un excelente ejemplo del primer caso —el origen del Derecho en la lucha y el compromiso entre dos grupos hostiles dentro de un Estado— nos lo ofrece en la historia de Roma la Ley de las XII Tabas. Esta legislación fue el resultado de un episodio de la larga lucha por la igualdad política sostenida por la clase de los plebeyos, en su proceso de ascensión, contra los patricios gobernantes. En los primeros tiempos de la república los magistrados que aplicaban el Derecho, así como los jueces de hecho, eran elegidos exclusivamente de entre los miembros de la clase patricia. Los magistrados patricios no estaban limitados por ninguna ley escrita. No sólo la aplicación del Derecho, sino incluso su conocimiento, estaba limitado a los patricios. Sus sacerdotes, los *pontífices*, pusieron por escrito las normas jurídicas más importantes y ocultaron los documentos en sus archivos secretos. De este modo adquirieron el monopolio virtual del conocimiento jurídico. El Derecho era desconocido

para el pueblo en general. Era una ciencia secreta, reservada a una oligarquía privilegiada. Esta situación favorecía la parcialidad: un Derecho que no es públicamente conocido y cuyo conocimiento e interpretación son monopolio de un grupo gobernante es evidentemente susceptible de interpretación y aplicación arbitrarias. Los plebeyos pidieron, en consecuencia, una codificación del Derecho consuetudinario, que les brindara una protección contra la injusticia arbitraria a manos de los magistrados patricios. En el año 462 a.c. un tribuno, Terentilio Arsa, propuso que se eligiesen cinco hombres que redactasen un código de leyes que obligasen a los magistrados en el ejercicio de sus poderes judiciales. Los patricios se opusieron tenazmente a este plan y lograron retrasar ocho años la ejecución del proyecto. Finalmente fueron obligados a ceder y el nuevo código se grabó en doce planchas de bronce que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieron verlas.⁹ Así, de la lucha política entre dos clases de un pueblo nació la primera gran codificación del Derecho romano que había de tener una enorme importancia para el desarrollo de aquél en los siglos posteriores.¹⁰

La historia del origen de las XII Tablas puede ser comparada, hasta cierto punto, con la del nacimiento de la Magna Carta inglesa de 1215. Los actores eran

⁹ Jolowics, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1932), p. 11; Maine, *Ancient Law*, nueva ed. (1930), hecha por Pollok, p. 16; Bruns y Lenel, "Geschichte und Quellen des römischen Rechts", *Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7a. ed. (1915), vol. I, p. 324.

¹⁰ Jörs dice: "Al asignar al ciudadano romano una oferta jurídica y declararle soberano dentro de ella [las XII Tablas], dieron a los plebeyos y a los patricios una seguridad jurídica que no había existido hasta entonces en la misma proporción (*Römische Rechtswissenschaft* [1888], p. 66).

diferentes en los dos casos. En el de las XII Tablas la lucha se produjo entre la aristocracia patricia y el pueblo, en tanto que en el caso de la Magna Carta la lucha estalló entre un rey opresor y la nobleza feudal, apoyada esta última por los eclesiásticos y mercaderes. El propósito público de la Ley de las XII Tablas, como el de la Magna Carta, era impedir la posibilidad de una administración de justicia arbitraria. En ambos casos se pidió que se pusiesen por escrito ciertas reglas definidas para la administración de justicia y que fuesen formalmente reconocidas como Derecho obligatorio por la autoridad suprema. En ambos casos se sostuvo una lucha por la certeza jurídica y la seguridad legal, con el propósito de obligar a un grupo irresponsable —o a un individuo irresponsable— que ocupaba el poder, a reconocerse sujeto a ciertas restricciones en la dirección de los asuntos públicos. En ambos casos el reconocimiento de tales restricciones no fue hecho voluntariamente, sino arrancado al detentador del poder por la presión y la amenaza de la fuerza. En el caso de la Magna Carta las fuerzas rebeldes reunieron un ejército compuesto de dos mil caballeros, apoyados por una gran cantidad de gentes de a pie y de a caballo. El rey, con su pequeño séquito, no pudo hacer frente a aquella fuerza. Fue obligado a ceder y a firmar el acuerdo exigido por los barones feudales.¹¹ Este acuerdo —la Magna Carta— había de ser en el futuro la base del Derecho constitucional inglés. Contenía la semilla del posterior establecimiento de la libertad individual en Inglaterra. Es especialmente notable la cláusula 39, que establece que “ningún hom-

¹¹ Holdsworth, *History of English Law*, 3a. ed., vol. II (1923), pp. 207 ss.; McKechnie, *Magna Carta*, 2a. ed. (1914), pp. 27 ss.; Gneist, *History of the English Constitution*, trad. Ashworth (1891), p. 244.

bre libre sea detenido o apresado o confiscados sus bienes o desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra". Aunque se ha sostenido que esta garantía jurídica tan amplia de la libertad general era prematura,¹² la disposición tuvo gran influencia en el desarrollo constitucional posterior y se apeló a ella con frecuencia en la subsiguiente lucha por la libertad. Puede decirse, en términos generales, que en la historia constitucional inglesa, el Derecho, en el sentido de una limitación del poder arbitrario, recibió sus directrices fundamentales en la Magna Carta.

La Constitución de los Estados Unidos es otro ejemplo de la afirmación de que las leyes fundamentales, o al menos algunas partes de ellas, son, con frecuencia, fruto de un compromiso político entre grupos e intereses poderosos. Es bien sabido que en la Convención constitucional de 1787 —debido a la diferencia de tamaño de los Estados, a la de sus intereses agrícolas y comerciales, a su actitud respecto al problema de la esclavitud— estaban representados intereses muy dispares. Salvar esas diferencias era una tarea extremadamente difícil. "Es imposible —dijo Madison— considerar como menos que milagroso el grado de concordia que acabó por prevalecer."¹³ Sólo mediante concesiones y compromisos difíciles de lograr fueron finalmente resueltos muchos de los problemas decisivos. Uno de los compromisos fundamentales fue el ajuste entre los Estados grandes y los

¹² Pollok y Maitland, *History of English Law*, 2a. ed. (1898), vol. I, p. 172; McKechnie, *op. cit.*, pp. 376 ss.

¹³ Tomado de Harrison, "Compromises of the Constitution", *Genesis and Birth of the Federal Constitution*, ed. Chandler (1924), p. 288.

pequeños. Tras una lucha larga y dura que llevó a la Convención al borde de la ruptura, se adoptó el famoso "Compromiso de Connecticut", que establecía la representación igual de los Estados en el Senado y una representación proporcionada a la población en la Cámara de Representantes.

Apenas menos fundametal que esta disputa era la división de la Convención entre los intereses industriales y comerciales del Norte y los intereses de los plantadores del Sur —propietarios de esclavos—. Este conflicto dio origen, entre otros, al problema de si los esclavos habían de computarse al distribuir la representación; el problema se resolvió finalmente por el procedimiento extraño de considerar a las tres quintas partes de los esclavos como pueblo a los efectos de determinar la representación. La cuestión de la importación de nuevos esclavos, respecto a la cual se planteó una lucha vehemente entre los representantes del Norte y los del Sur, se reguló haciendo al Sur la concesión de que no se prohibiría la importación de esclavos hasta el año 1808.

También chocaron las opiniones de los delegados en lo relativo a la estructura fundamental del gobierno bajo la nueva Constitución. Había hombres como Hamilton, Butler y Gerry que desconfiaban de la democracia y querían un ejecutivo fuerte. Hamilton propugnó incluso que la elección del Presidente y del Senado se hiciera de por vida. Otros, como Mason y Sherman, expresaron mayor confianza en la capacidad de las masas para gobernarse a sí mismas. También aquí acabó por llegarse a ciertos acuerdos de compromiso.¹⁴

¹⁴ Véase *Debates in the Federal Convention of 1787*, referidos por Madison, Ed. Internac. (1920), hecha por Hunt y Scott;

Otro ejemplo de la afirmación de que las cartas jurídicas fundamentales son, con frecuencia, resultado de una pugna entre grupos políticos poderosos, lo ofrece la hoy desaparecida Constitución alemana de 1919. Fue un compromiso entre varios grupos liberales burgueses y el partido socialdemócrata. Había en esta Constitución muchas disposiciones que llevan el cuño de grupos económica y socialmente conservadores. Fue expresamente sancionado el derecho de propiedad privada, así como la institución de la herencia. Se reconoció el principio de libertad contractual en la vida económica, dentro de los límites establecidos por las leyes. Se prometía la protección de la clase media en la agricultura y el comercio. El matrimonio, como base de la vida familiar, quedó bajo la protección especial del Estado. Se garantizó la práctica sin trabas de la religión.¹⁵ De otro lado se hicieron ciertas concesiones a las ideas socialistas. Se dio autoridad al gobierno para transferir a la propiedad pública las empresas que fuesen consideradas susceptibles de socialización. Se reconoció la obligación del gobierno de establecer seguros sociales. Los trabajadores adquirieron el derecho de cooperar con los patrones en la regulación de la producción y en la fijación de las horas de trabajo y los salarios.¹⁶ Así pues, tanto económica como socialmente, la Constitución de Weimar tenía un doble aspecto, y en sus disposiciones se observan rastros de la seria lucha política que precedió a su adopción. También aquí surgió una Carta jurídica con el carácter de compromiso entre grupos políti-

Farrand, *The Framing of the Constitution* (1913); Beard, *The Rise of American Civilization*, nueva ed. (1933), pp. 316 ss.

¹⁵ Véase Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, arts. 153, 154, 152, 164, 119.

¹⁶ Cf. arts. 156, 157, 161, 163, 165.

cos poderosos que zanjaron sus diferencias mediante concesiones mutuas.

37. El Derecho como autolimitación de los gobernantes

El Derecho se origina no sólo del compromiso y el pacto entre grupos o partidos políticos contrapuestos, sino también de un acto de autolimitación o autorrestricción de un gobernante o de una oligarquía gobernante poderosa. No es un acontecimiento raro en la historia que un gobernante autocrático fuerte haya dado a su pueblo un código jurídico. No es condición necesaria de tal acto un motivo altruista o humanitario. Puede ser una acción dictada meramente por la voluntad de propia conservación, por la ambición, por miedo al descontento y a la revolución o porque el gobernante se haya dado cuenta de que al transformar el poder arbitrario en Derecho puede darle una base más amplia y duradera. Todo liderazgo inteligente percibe que una mayoría es generalmente más fuerte que un solo hombre y que por esa razón es preciso aplacar y satisfacer a la mayoría de una u otra forma. El Derecho produce el efecto de dar a los ciudadanos una cierta seguridad con respecto a lo que puedan hacer en sus vidas diarias, sin incurrir en desfavor del gobierno. Les permite ordenar y planear sus vidas sin el miedo constante a intromisiones repentinas y arbitrarias del gobierno o de los agentes por él nombrados. No hay nada que los hombres estén —a la larga— menos dispuestos a soportar que una tiranía arbitraria e indisciplinada. En consecuencia, es un acto de buena política y gobierno limitar el propio poder —aunque constitucionalmente sea ilimitado— dando

a los súbditos un código jurídico que especifique sus derechos y deberes.

Así, el código más antiguo que se conoce en la historia de la humanidad —el de Hammurabi— fue promulgado por un autócrata —Hammurabi, famoso rey de la antigua Babilonia, que reinó hacia el año 2100 a.C.—. Su código contenía reglas detalladas de Derecho penal; normas relativas a los daños y perjuicios en ciertos casos de negligencia; disposiciones acerca del cultivo del suelo, los préstamos a interés, el contrato de sociedad, los derechos del acreedor, los derechos y deberes de la mujer casada y los hijos, y las obligaciones de los médicos, constructores y barqueros. Contenía disposiciones acerca de los contratos de arrendamiento de servicios y de los derechos derivados de ellos, así como reglas que fijaban los salarios de los agricultores y otros trabajadores, pastores y artesanos. Las penas impuestas por la violación de las leyes eran, con frecuencia, muy severas. Por otra parte, el código tenía ciertas características humanitarias. Por ejemplo, los esclavos gozaban, con arreglo a él, de un cierto grado de protección. No podían ser muertos arbitrariamente. Se les permitía —al menos a una gran parte de ellos— el matrimonio.¹⁷ En conjunto, el tratado dado a los esclavos en el código de Hammurabi puede ser comparado favorablemente con el que recibieron en Grecia y en Roma.

En la primitiva historia de Grecia encontramos un segundo ejemplo de un hombre que gozó de poder ilimitado y lo empleó al servicio del Derecho. En el año 594 a.C. Solón fue elegido arconte de Atenas y realizó una serie de reformas sobre las que se apoyó el

¹⁷ Cf. *Code of Hammurabi*, ed. Harper (1904); Cuq, *Études sur le droit babylonien* (1929); Kohler y Wenger, *Allgemeine Rechtsgeschichte* (1914), p. 57.

futuro progreso de aquella república.¹⁸ Las reformas fueron encaminadas a reducir las proporciones de la lucha de clases, disminuyendo los derechos de la aristocracia y aumentando los derechos y poderes del pueblo bajo. Esas reformas pusieron las bases de la democracia ateniense. Solón introdujo un cierto grado de participación popular en la administración de justicia. Se permitió a los miembros de la clase más baja (*thetes*) tomar parte en la asamblea popular y en los tribunales. Se concedió un derecho de apelación ante un tribunal popular contra las decisiones de los tribunales ordinarios, con objeto de contrarrestar las posibles decisiones tendenciosas. Se mitigó en favor del deudor la severidad de la ley que regulaba la relación entre acreedores y deudores. Se declararon abolidas la servidumbre y la esclavitud por deudas. Para robustecer la clase de pequeños terratenientes se fijó de modo terminante la cantidad de tierra que podía tener un individuo. Se liberó de su carga a los deudores hipotecarios y se prohibieron las nuevas hipotecas. Todas estas medidas legales sirvieron para restaurar el equilibrio económico del Estado-ciudad y para establecer un cierto equilibrio de poder entre las distintas clases.

En la época moderna tenemos también ejemplos de grandes códigos jurídicos promulgados por gobernantes poderosos. El código civil creado por Federico de Prusia fue un fruto del "despotismo ilustrado" del siglo XVIII.¹⁹ El Código Napoleón de 1804, promulgado

¹⁸ Véase Rostovtzeff, *A History of the Ancient World* (1930), vol. I, p. 220; Bonner y Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle* (1930), vol. I, pp. 149 ss.

¹⁹ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794). El código fue redactado por Federico el Grande y sus asesores, pero fue promulgado por el sucesor de aquél; cf. *supra*, Sec. 28.

bajo los auspicios de un gobernante autocrático, ha sido una de las más grandes realizaciones en el campo de la legislación moderna.²⁰ Sin embargo, hay que tener en cuenta que esos cuerpos legales eran fundamentalmente codificaciones del Derecho privado. Se ocupaban poco de limitaciones al poder del gobierno, es decir, de normas de Derecho público. Un autócrata puede llegar a ser un creador en la esfera del Derecho privado, pero las condiciones mismas de su régimen le impedirán normalmente convertirse en campeón del Derecho público.

Podría decirse mucho acerca de la influencia —para bien y para mal— de las personalidades fuertes en el desarrollo del Derecho.²¹ El siglo XIX subrayó sobre todo los factores impersonales en la evolución jurídica; sería una tarea interesante para un autor del siglo XX estudiar el factor personal en la historia del Derecho. Si se borrara de la historia jurídica inglesa la obra de hombres como Lord Coke, Lord Eldon y Lord Mansfield, el Derecho inglés sería diferente de como es hoy. Es muy dudoso que la evolución del Derecho constitucional norteamericano hubiera sido la misma sin la poderosa influencia de John Marshall. Allí donde han ocupado puestos puramente judiciales hombres de cualidades excepcionales, su influencia ha sido generalmente beneficiosa para el desarrollo del Derecho. Por el contrario, la combinación de funciones políticas y judiciales en manos de un gobernante político ha producido con frecuencia una situación precaria para el desarrollo o el mantenimiento del Derecho. El poder ilimitado tiende siempre a po-

²⁰ *Code civil français* (1804); trads. inglesas de Cachard (1930) y otros.

²¹ Véase, por ejemplo, Pound, *Interpretations of Legal History* (1923), pp. 116-140.

ner en peligro el régimen de Derecho.²² Si circunstancias históricas venturosas producen una fuerte personalidad que utiliza un poder político ilimitado para fomentar el Derecho, se logra un ideal que es preciso contar entre los acontecimientos felices y precisos de la historia humana.

²² Véase, *supra*, Sec. 4.

X. FUERZAS PSICOLÓGICAS

38. *La "fuerza normativa de lo real"**

HAY en lo profundo de la naturaleza humana fuerzas firmemente arraigadas que ejercen una influencia importante en el desarrollo del Derecho. Esas fuerzas son, por encima de todo, el hábito y la costumbre, el deseo de paz y el deseo de orden.

Sociólogos y juristas han subrayado con frecuencia la fuerza de la costumbre como modeladora del Derecho, Georg Jellinek (1851-1911) analizó en forma sugestiva la importancia de ese factor. La validez del Derecho —decía— se basa en último término en un elemento subjetivo y psicológico, a saber, la convicción de su fuerza obligatoria para el individuo. Esta convicción era, a su juicio, modelada y determinada en gran parte por el poder del hábito. Los hombres quieren que las cosas se hagan de cierta manera, por la sencilla razón de que ellos, sus padres y sus antepasados, se han acostumbrado a ese modo particular de hacerlas.

A la mayor parte de los hombres les parece la condimentación casera de los alimentos la más sabrosa, bello el tipo de su raza, loables los prejuicios del círculo so-

* Empleo esta expresión, siguiendo la versión de la *Teoría general del Estado*, de Jellinek, hecha por don Fernando de los Ríos. Otros escritores suelen utilizar la de "fuerza normativa de lo fáctico". [T.]

cial a que pertenecen y justa la manera de vivir de su propia clase social.¹

Los hombres se inclinan—señalaba Jellinek— a considerar sus modos habituales y tradicionales de vida no como meros hechos que puedan ser modificados cuando convenga, sino como normas obligatorias, creyendo intolerable toda conducta que suponga una desviación de aquéllas. Esta “fuerza normativa de lo real”² es para Jellinek la fuente más profunda del Derecho. En primer lugar explica el origen del Derecho en la sociedad primitiva. Jellinek compara la mente del hombre primitivo a la de un niño. El niño quiere que se le repita exactamente con las mismas palabras y frases el cuento que se la ha contado una vez. Considera la posesión real de un juguete como un derecho cuya perturbación juzga como un atentado. El hombre primitivo tiene reacciones psicológicas análogas. En los primeros tiempos de la humanidad, el Derecho no era sino el aferramiento a las prácticas habituales y acostumbradas. El ejercicio continuo de esas prácticas produjo eventualmente en las mentes de los hombres la idea de que las costumbres observadas por ellos constituían las leyes autorizadamente establecidas y estrictamente obligatorias de la comunidad. La convicción de la fuerza obligatoria de esas costumbres se hizo tan fuerte en sus mentes que no podía ser modificada —fácilmente y sin peligro— por la voluntad arbitraria de los gobernantes.

“Pero la fuerza del hábito y la costumbre —decía Jellinek— no sólo explica el origen del Derecho.” Explica también el hecho de que haya continuado existien-

¹ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed. (1922), p. 338. [Tomo el texto de la trad. castellana, I, 428. (T.)]

² *Ibid.*

do en la sociedad. En la vida social humana, los hechos tienden a devenir normas. La tendencia de un mero "es" a convertirse en un "debe ser" produce, a través del cuerpo del sistema jurídico, una presunción de que una condición social que prevalece en la realidad existe por la fuerza del Derecho, y que todo aquel que trate de mudar esa condición ha de probar su superior derecho. En épocas de rebelión y revolución —subrayaba Jellinek— el Derecho queda temporalmente suspendido y es remplazado por el imperio de la violencia. Pero si el poder revolucionario es capaz de sostenerse, es decir, si sus órdenes, mandatos y decretos son efectivamente cumplidos, surgirá gradualmente en las mentes de los hombres una convicción de que esas órdenes, mandatos y decretos proceden de una fuente legítima y están dotados de fuerza de ley. En otros términos, después de completarse el éxito de una revolución, la "fuerza normativa de lo real" transformará los pronunciamientos de un poder, antaño ilegal y revolucionario, en formas jurídicas válidas.³

De modo análogo, otros autores han subrayado el papel del hábito y la costumbre en el desarrollo del Derecho. El criminólogo y sociólogo francés Gabriel Tarde señaló que la imitación constituía un factor de

³ Sin embargo, Jellinek señaló que el elemento conservador de la "fuerza normativa de lo real" no era el único factor en la formación del Derecho. A su modo de ver, hay otro elemento modelador del Derecho de tipo más evolutivo y progresivo. El elemento progresivo —decía Jellinek— ha sido definido equivocadamente como "Derecho natural". Este término poco feliz —argüía— no era en realidad otra cosa sino el conjunto de exigencias que eleva contra las autoridades legisladoras una sociedad que ha cambiado su estructura fundamental. Era realmente un programa de cambio social y reforma jurídica. *Ibid.*, p. 345.

gran importancia en la evolución jurídica.⁴ En los Estados Unidos James C. Carter afirmó que todo Derecho era esencialmente costumbre.⁵ El tratadista austriaco de sociología del Derecho Eugen Ehrlich (1862-1922) sostuvo que el Derecho surge de los usos y prácticas consuetudinarios de la vida de la comunidad y afirmó que esta forma de Derecho era de importancia práctica, superior a las leyes y decisiones judiciales. "Hoy, como siempre, el centro de gravedad del desarrollo jurídico no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la sociedad misma."⁶ Un proceso ante un tribunal —decía Ehrlich— es una ocurrencia excepcional si se le compara con los múltiples contratos, relaciones y acuerdos que constituyen la vida diaria de la comunidad. Una ojeada a la vida jurídica moderna muestra que está controlada de modo predominante, no por el Derecho judicial, sino por los documentos de negocios. El Derecho vivo ha de buscarse en los contratos matrimoniales, los préstamos, los contratos de compraventa, los testamentos, las cláusulas de los pactos de sociedad o las ordenanzas de las sociedades comerciales e industriales.⁷

Ehrlich contrastaba las "normas de decisión", establecidas para juzgar los pleitos, con las "normas de organización", que se originan en la sociedad y determinan la conducta real del hombre medio. El individuo —decía Ehrlich— se encuentra ligado en innume-

⁴ *Les lois de l'imitation* (trad. inglesa Parsons, 1903). [Hay ed. española, Madrid, 1907.]

⁵ Carter, *Law: Its Origin, Growth and Function* (1907).

⁶ Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. inglesa Mill (1936), prólogo.

⁷ *Ibid.*, p. 495. Cf. Rheinstein, "Sociology of Law" (1938), *Ethics*, vol. 48, p. 232.

rables relaciones jurídicas y, con pocas excepciones, cumple de modo totalmente voluntario los deberes de padre o de hijo, de marido o de mujer; no perturba al vecino en el disfrute de su propiedad, paga sus deudas, entrega lo que ha vendido o ejecuta para su patrono el trabajo que se ha obligado a realizar. En opinión de Ehrlich, lo que normalmente induce a un hombre a cumplir esos deberes no es la amenaza de coacción por el Estado. Su conducta está usualmente determinada por otros motivos: caso de no cumplir sus deberes puede tener disputas con sus parientes, o perder su posición, o enajenarse clientes, o adquirir fama de no ser honrado o de ser irresponsable.⁸ El cumplimiento de sus deberes legales es más bien cuestión de habituación inconsciente a las emociones y pensamientos de su medio que de su pensamiento consciente.

Las normas más importantes operan únicamente por medio de la sugestión. Le llegan al individuo en forma de mandatos o prohibiciones; van dirigidas a él sin explicar la razón en que se basan; y las obedece sin un momento de reflexión.⁹

Así, pues, Ehrlich, como Jellinek, atribuye gran peso a la fuerza psicológica del hábito en el desarrollo del Derecho.

Hay que admitir, al evaluar estas teorías, que el hábito y la costumbre desempeñan un papel importante en la evolución del Derecho. Ello es particularmente cierto en los primeros estadios de su desarrollo. En la sociedad primitiva las órdenes de los gobernantes y sacerdotes eran obedecidas originariamente por temor religioso o respecto a la autoridad. Gradualmen-

⁸ Ehrlich, *op. cit.*, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 78.

te, a causa de la observancia continua y repetida, surgió en las mentes de los miembros de la comunidad la convicción de que las reglas de conducta observadas por ellos eran parte indispensable de su vida social y, por tanto estricta y necesariamente obligatorias.¹⁰ Sin embargo, por lo que hace a la sociedad moderna, Ehrlich ha sobrestimado un tanto el influjo de la costumbre y el hábito sobre el Derecho. Los arreglos consuetudinarios y los acuerdos de la vida cotidiana, a los que daba tanta importancia, están en nuestros días influidos y son modelados en gran parte por las leyes y decisiones judiciales. Al revés que otros autores de obras jurídicas, que cometen el error de sobrestimar el Derecho establecido por los órganos del Estado, Ehrlich incurrió en la equivocación de subestimarlos. Puede considerarse la "sociedad" en cuanto tal como una fuerza creadora del Derecho, de gran importancia; pero eso es cierto sólo en el sentido de que la presión ejercida por ella fuerza a los poderes gobernantes a conceder o reconocer un orden jurídico que conviene a la situación y necesidades de la sociedad. *El Derecho surge de las tensiones y ajustes entre la sociedad y sus gobernantes.* Ni es impuesto desde arriba, como creía Austin; ni crece desde abajo, como se inclinaba a pesar Ehrlich. La "sociedad" sin gobernantes no produciría el Derecho, sino la anarquía. Los gobernantes, sin los frenos que les impone la sociedad, producirían no el Derecho, sino el despotismo. Sólo los contactos, luchas y compromisos entre la sociedad y sus gobernantes producen ese término medio o equilibrio que denominamos Derecho.¹¹

¹⁰ Sobre la relación entre Derecho y costumbre en general, véase, *supra*, Sec. 17.

¹¹ Véase, *supra*, Sec. 5.

39. *El deseo de paz y orden*

El hábito, la costumbre y la "fuerza normativa de lo real" no son los únicos factores psicológicos que contribuyen al desarrollo del Derecho. El deseo humano de paz es también un factor poderoso en el avance de la civilización hacia el Derecho. El dominio del poder ilimitado y arbitrario en la vida social y humana engendra la lucha, el conflicto y la guerra. En un orden social basado en el poder prevalecerá el "derecho" de los más fuertes y es probable que ese "derecho" sea disputado en cualquier momento por un competidor. Pero no es, en cambio, probable que, mientras la psicología del ser humano siga siendo la que hoy es, el hombre soporte durante mucho tiempo tal situación. Los hombres quieren evitar la lucha continua; quieren una distribución y limitación racionales del poder, que aseguren la paz y la seguridad de la vida. Por esta razón desean el Derecho, que es esencialmente un medio de ajuste pacífico de los posibles conflictos que se producen en la sociedad. Como hay en la naturaleza humana un elemento agresivo, no pueden desecharlo en todo momento. Un reinado continuo de la paz y el Derecho en todo el mundo, durante siglos, podría producir un deseo de revivificar los elementos más brutales de la naturaleza humana. Pero en circunstancias normales, el deseo de paz es un elemento muy poderoso que labora a favor del Derecho y de la cultura.

Finalmente, hay en la naturaleza humana un deseo —inherente a ella— de orden y relaciones ordenadas. El Derecho garantiza la estabilidad y cierta regulación en la vida humana. Delimitando esferas de poder e impidiendo invasiones arbitrarias de los derechos de los individuos, permite una ordenación y planificación razonables de la vida, bajo las cuales sería difícil esta-

blecer un régimen arbitrario. El Derecho da al individuo cierta seguridad que aquél necesita para disponer y planear su vida en forma racional e inteligente. Hay que subrayar, sin embargo, que ese mismo deseo humano de orden y seguridad bajo el Derecho puede tomar un aspecto rebelde o revolucionario si el orden existente no satisface las necesidades más esenciales de los hombres. En tales épocas puede dejar de operar la "fuerza normativa de lo real" y ser suplantado el apoyo de los modos habituales y consuetudinarios de hacer las cosas por un deseo ardiente de cambio y de nuevas normas de vida.¹² El periodo del Derecho natural clásico fue una época de este tipo, y en nuestros días las fuerzas del cambio desafían violentamente a las fuerzas de la tradición. La psicología humana, en conjunto, se inclina más hacia el hábito y el conservadurismo que hacia el cambio. Parece característico de la masa de los hombres un cierto disgusto por la innovación. Sólo si las condiciones generales de existencia se hacen intolerables para la mayoría de un pueblo pueden ser derrotadas las fuerzas de la tradición y el hábito, a manos de las fuerzas de la rebelión y el cambio.

¹² Véase Jellinek, *op. cit.*, p. 354.

XI. FUERZAS ECONÓMICAS

40. *La interpretación marxista del Derecho*

LA TEORÍA de que el Derecho es, en primer lugar, un producto de las fuerzas económicas fue desarrollada por Carlos Marx (1818-1883) y su amigo Federico Engels (1820-1895). Los fundadores del llamado "socialismo científico" tomaron del filósofo alemán Hegel el método dialéctico de la interpretación de los fenómenos sociales. Como Hegel, Marx creía que la historia era una lucha de fuerzas contrapuestas que se revelaba en la forma lógica de tesis, antítesis y síntesis.¹ Pero en tanto que para Hegel las fuerzas espirituales y las ideas eran los factores que dirigían la historia, para Marx y Engels la historia estaba determinada por las fuerzas materiales. Marx afirmaba que una idea "no es otra cosa sino el mundo material, reflejado por la mente humana y traducido en formas de pensamiento".² El orden político, social, religioso y cultural de una época dada estaba determinado —según Marx y Engels— por el sistema material de producción y cambio de mercancías existente en esa sociedad; en otras palabras, todas las manifestaciones de la vida social están causadas fundamentalmente por los fenómenos económicos.

Por lo que hace al Derecho, la dialéctica marxista tiene tres doctrinas fundamentales. La primera es la

¹ Cf. *infra*, Sec. 47.

² Marx, *Capital*, trad. inglesa de Moore y Aveling de la 3a. ed. alemana, ed. por Untermann (1906), vol. I, p. 25. [Hay trad. española del FCE, 2a. ed., 1964.]

teoría de la determinación económica del Derecho. El Derecho es, meramente, una "superestructura" construida sobre una base económica.

Las relaciones jurídicas, así como las formas estatales, no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni explicadas por el llamado progreso general de la mente humana, sino que tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida... Con el cambio de fundamentos económicos se transforma más o menos rápidamente toda la inmensa superestructura.³

Así, la forma y contenido del Derecho son modelados por el factor económico, y los conceptos y principios a priori empleados por los juristas no son sino reflejo de las condiciones económicas.

Según esta opinión, el Derecho parece no ser una función de los procesos económicos, que no posee existencia independiente. Sin embargo, en cartas escritas en sus años postreros, Engels admitió que, tanto él como Marx, habían sobrestimado la importancia de los factores económicos. "La situación económica es la base, pero los varios elementos de la superestructura... influyen en muchos casos en el curso de la lucha histórica."⁴ Engels cuenta el Derecho entre los

³ Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie* (1877). Prefacio del autor, escrito en 1859. Trad. por Stone como *A Contribution to the Critique of Political Economy* (1904), pp. 11 ss. [Hay trad. española de Jacinto Barriel, Madrid, s. a.] Cf. también, Engels, *Ludwig Feuerbach*, ed. por Dutt (1934), p. 63: "Si el Estado y el Derecho público están determinados por las relaciones económicas, también lo está, naturalmente, el Derecho privado que, en esencia, sanciona únicamente aquellas relaciones económicas existentes entre individuos que son normales en circunstancias dadas."

⁴ Engels, Carta a J. Bloch, 21 de septiembre de 1890. Marx y Engels, *Correspondence 1846-1895—A selection* (1934), p. 475.

elementos que pueden ejercer influencia —recíproca— sobre la base económica. De modo análogo, el marxista ruso Bujarin admitía que “la superestructura —derivada de las condiciones y las fuerzas productoras que determinan esas condiciones— ejerce a su vez influencia sobre éstas, favoreciendo o retardando su crecimiento”.⁵ Esas reservas no significan, sin embargo, un abandono de la doctrina básica del materialismo dialéctico. Aunque se admite que el sistema dominante de producción económica no es la causa única y exclusiva del desarrollo de la historia y el Derecho, se sigue manteniendo que el sistema económico es, en última instancia, el factor determinante y —con mucho— el de mayor importancia de la evolución histórica y jurídica.⁶

La segunda doctrina importante de la teoría marxista del Derecho es la del carácter de clase del Derecho. En opinión de Marx y Engels, todos los sistemas jurídicos, desde el comienzo de la historia hasta el momento actual, han sido creados por una clase económica gobernante. Según ellos, el Derecho no es sino un instrumento utilizado por esa clase para perpetuar su poder y mantener sometida a una clase oprimida. Con el establecimiento de instituciones jurídicas la clase victoriosa y dominante trata de dar una base firme a sus intereses económicos y una sanción formal a la explotación y opresión de las otras clases. Incluso después de establecer una dictadura proletaria no desaparecería el carácter de clase del Derecho, porque el proletariado necesita el Derecho con objeto de aplastar y eliminar elementos y grupos hostiles. Hasta la completa victoria del comunismo y el

⁵ Bujarin, *Historical Materialism*, trad. de la 3a. ed. rusa (1925), p. 228. [Hay trad. española.]

⁶ Cf. Engels, “Carta a Bloch”, *loc. cit.*

establecimiento de una sociedad sin clase, no desaparecerían el Derecho y el Estado como instrumentos de opresión, siendo remplazados entonces por una mera "administración de las cosas".⁷

Esta profecía de la desaparición del derecho en una sociedad comunista es la tercera doctrina fundamental de la filosofía jurídica marxista. Es esta doctrina la que da un cierto aspecto metafísico a la interpretación marxista del Derecho. Marx estaba convencido de que el mundo marchaba de las formas más bajas de la vida social a las más altas. Creía que el socialismo —al que consideraba como el siguiente estadio de la evolución de la humanidad— sería un sistema social superior al sistema capitalista que le precedía, y que un orden socialista o comunista de la sociedad podría prescindir de instrumentos coactivos tales como el Estado y el Derecho. Estos supuestos —que no son susceptibles de comprobación empírica y pertenecen al reino de la especulación— separan la concepción marxista del Derecho de las teorías jurídicas positivistas con las que —en su parte crítica— tiene mucho de común.⁸

Después de la Revolución de 1917, la interpretación marxista del Derecho fue aceptada como credo ofi-

⁷ Engels, *Anti-Dühring*, trad. inglesa Burns (1934), p. 309. [Hay trad. española de W. Roces, Madrid, 1932. Hay otras ediciones en castellano.]

⁸ Cf. *infra*, Sec. 56. Véase a este respecto el interesante artículo de Eastman, "Russia and the Socialist Idea", *Harper's Magazine*, marzo de 1938, p. 374.

Marx y Engels llegaron a afirmar que, después del establecimiento del comunismo, las leyes inexorables del desarrollo que han gobernado hasta ahora —según su opinión— la historia de la humanidad, cesarían de controlarla y la humanidad saltaría del "reino de la necesidad al de la libertad". Engels, *Anti-Dühring*, trad. inglesa, p. 312.)

cial por la Rusia soviética. Los juristas rusos, al menos en las dos décadas siguientes a la Revolución, han seguido hasta su conclusión lógica la doctrina de que el Derecho es un mero reflejo de las condiciones económicas. No han tratado de construir un sistema de conceptos apriorísticos ni de desarrollar una ciencia teórica del Derecho. Han rechazado el supuesto de que pudiera haber una ciencia del Derecho independiente y han considerado el Derecho como un mero instrumento de conveniencia económica.

La doctrina del carácter de clase del Derecho ha sido utilizada por el gobierno como justificación para adoptar la política de la dictadura del proletariado. "El Derecho soviético —dijo el jurista ruso Gintsburg— corresponde a los intereses del proletariado organizado como clase gobernante."⁹ Esa doctrina, en la forma que le dio Stoutchka, fue incorporada a una ley soviética de la primera época. "El Derecho es un sistema de relaciones sociales que corresponden a los intereses de la clase gobernante y que está sostenido por su poder organizado (el Estado)."¹⁰ Se afirmaba que mientras existieran el Derecho y el Estado, no podrían —con arreglo a la doctrina marxista— ser otra cosa que instrumentos para aplastar a las clases antagónicas. La doctrina ofrecía así una base legal para la "liquidación" de los enemigos y para el establecimiento de un control rígido. Pero a la vez se subraya que el periodo de dictadura proletaria sería meramente transitorio y que, tras el establecimiento firme del comunismo, no sería necesaria la autoridad del Estado ni el

⁹ Citado por Gsovski, "The Soviet Concept of Law" (1938), *Fordham Law Review*, vol. VII, p. 3.

¹⁰ Leves de la R. S. F. S. R. (1919), 590, Sec. I (1); citado por Radbruch, "Klassenrecht und Rechtsidee" (1929), *Zeitschrift für soziales Recht*, vol. I, p. 75; véase también, Gsovski, *op. cit.*, p. 8.

Derecho. Cuando en 1930 —bajo la influencia del éxito del primer plan quinquenal— se anunció de modo oficial que el socialismo había triunfado definitiva e irrevocablemente en Rusia, hubo unos cuantos jueces que dedujeron las conclusiones lógicas y comenzaron a clausurar sus tribunales; pero el gobierno les desautorizó y se cortó toda discusión acerca de la “desaparición del Derecho” en una sociedad comunista.

Algo diferente de la doctrina marxista ortodoxa es la teoría del Derecho que ha desarrollado el jurista ruso E. Paschukanis (n. 1891). Según Paschukanis, la base esencial de todo Derecho es el intercambio de mercancías. El Derecho, en su forma desarrollada, puede únicamente existir en una sociedad individualista basada sobre el capitalismo privado y el libre-cambio de mercancías. Es la forma típica de control social en una sociedad en la que los dueños de la propiedad y los productores de mercancías intercambian sus bienes por medio de contratos. “El Derecho —afirma Paschukanis— presupone intereses contrapuestos que requieren un acuerdo pacífico. En una sociedad colectivista, donde habrá una unidad de propósito social y una armonía de intereses, el Derecho dejará de ser necesario, será remplazado por “normas técnico-sociales” basadas en la utilidad y conveniencia económicas. Así pues, Paschukanis creía que una economía planificada, en su forma pura, excluye el Derecho.”¹¹

Según la teoría del Paschukanis, sólo el Derecho privado es verdadero Derecho. En tanto que para un marxista ortodoxo el Derecho comporta, en primer

¹¹ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, trad. alemana de Hajós (1929). Sobre Paschukanis, véase el interesante artículo de Dobrin, “Soviet Jurisprudence and Socialism” (1936), *Law Quarterly Review*, vol. 52, pp. 402 ss. a 413; véase, también, Gsovski, *op. cit.*, p. 10, y véase, *supra*, Sec. 18.

lugar dominación y explotación, para Paschukanis el Derecho comienza únicamente allí donde hay una igualdad (formal) entre dos o más individuos que intercambian sus mercancías por medio de contratos libremente celebrados. Durante algunos años esta teoría ejerció una gran influencia sobre la teoría rusa del Derecho. Pero en 1937 Paschukanis fue privado de su cargo y declarado "enemigo del pueblo". Evidentemente, su teoría, que suponía que el Derecho no es compatible con el comunismo, no servía ya a los propósitos de la dictadura proletaria. Esta doctrina es considerada ahora como "teoría subversiva" que mina el poder del Estado y sugiere a los estudiantes una "actitud nihilista" frente al Derecho soviético.¹²

El futuro de la teoría jurídica de Rusia es incierto. En el Estado soviético los problemas relativos al Derecho, como todos los demás problemas se encuentran en un estado de flujo continuo. En el momento actual, la tendencia del pensamiento jurídico parece separarse de la doctrina marxista ortodoxa, inclinándose hacia el positivismo jurídico y a una mayor estabilización del Derecho. No se habla ya de la "desaparición" del Derecho y del poder estatal. Por el contrario, se subraya, al parecer, la necesidad del Derecho y de una aplicación más estricta de las leyes.

41. *La crítica de la teoría marxista del Derecho, hecha por Stammler*

La teoría marxista de la determinación económica del Derecho fue objeto de una crítica a fondo por parte

¹² Gsovski, *op. cit.*, p. 40; cf. también Timasheff, "The Crisis in the Marxian Theory of Law" (1939), *New York University Law Quarterly Review*, vol. 16, pp. 519 ss.

del filósofo alemán del Derecho Rudolf Stammler.¹³ Stammler rechazó el supuesto de que la vida social, en sus aspectos principales, fuese un producto de las fuerzas económicas y de que el Derecho fuese una mera superestructura del orden económico. Para él la vida social significaba la coexistencia de seres humanos bajo la regulación externa del Derecho. No podía haber orden económico sin Derecho; la vida económica sólo podía ser objeto de adecuada consideración científica como proceso determinado y modelado por normas jurídicas. Consideraba al Derecho no como un reflejo de la economía, sino como una *conditio sine qua non*, un supuesto lógico previo a toda actividad económica. Un orden capitalista era para él inconcebible sin las instituciones jurídicas de la propiedad y el contrato. El concepto económico de “mercancía” era ininteligible sin referencia al principio jurídico de la libre disposición. A su modo de ver, no podía ser fructífero ningún estudio en términos económicos tales como crédito, renta, interés o beneficio, sin suponer la existencia de un orden jurídico que sancionase y protegiese las instituciones económicas. Marx estaba equivocado —según Stammler— al considerar la relación existente entre economía y Derecho como una relación entre amo y siervo. En la teoría de Stammler, economía y Derecho son un todo compacto. El Derecho es la forma, la economía, la sustancia de la vida social. Sin la forma jurídica que la protege, la sustancia económica sería totalmente ilusoria y carente de significado; se disolvería y disiparía en la nada.¹⁴

¹³ Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2a. ed. (1906). Sobre Stammler en general, véase, *supra*, Sec. 30.

¹⁴ Stammler, *op. cit.*, Libros II, III.

42. Valoración de estas teorías

No puede considerarse la doctrina de Stammler como una refutación afortunada de la interpretación marxista del Derecho. En primer lugar, se basa en una extensión inadmisible del término "Derecho". Habrá siempre relaciones económicas entre los hombres, pero esas relaciones pueden estar muy imperfectas o inadecuadamente rodeadas o complementadas por relaciones jurídicas. Por ejemplo, un sistema económico de plantaciones autárquicas, basadas en la esclavitud, no necesitaría un orden jurídico.¹⁵ De modo semejante, una economía totalmente socializada, sin propiedad privada, requeriría regulaciones administrativas, pero no Derecho. El Derecho es concomitante de ciertas formas de vida económica; pero no es una condición lógicamente indispensable de la vida económica como tal.¹⁶ Además, como señaló Max Weber, dentro de un orden económico basado en el Derecho, la significación económica y social de una norma o institución jurídica puede sufrir una transformación completa en el proceso de desarrollo histórico y social, aunque la norma o institución jurídica permanezca inalterada en su aspecto formal.¹⁷ En este caso

¹⁵ Véase, *supra*, Sec. 6.

¹⁶ Dado que Stammler le atribuía gran importancia, hay que subrayar el elemento lógico. Una economía consistente en una serie de Robinsones económicamente autárquicos es lógicamente imaginable, aunque poco probable en la práctica. Tal economía sería el ejemplo más patente de un orden económico sin Derecho.

¹⁷ Weber, "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis" (1904), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, p. 183. Véase también, Weber, "Stammler's 'Überwindung' der materialistischen Geschichtsauffassung", *ibid.*, pp. 291-359, 556-579.

puede surgir una discrepancia entre el significado formal y literal de una norma jurídica y su significado social, que destruya el supuesto de una unidad lógica entre Derecho y economía.

Indudablemente, hay un meollo sólido en la teoría marxista del Derecho; no se puede refutar enteramente la doctrina basándose en un mero razonamiento lógico, como hace Stammler. No puede negarse que los cambios en el sistema económico de producción han sido con frecuencia en la historia causas de cambios sustanciales en el Derecho. Por no citar sino unos cuantos ejemplos: la institución de la clientela existente en el Derecho romano primitivo, que creaba una especie de relación feudal entre el terrateniente rico y sus clientes, se fundaba en el hecho de que la primitiva república romana —es decir, en el periodo que precedió a las grandes guerras de expansión— había en Roma pocos esclavos. Dada la falta de mano de obra esclava, los grandes propietarios de tierra utilizaron a los ciudadanos romanos pobres para cultivar la tierra y les ligaron a esta tarea con un vínculo firme de dependencia personal.¹⁸ Por otro lado, la legislación agraria del siglo II a.c., que trató de regular la redistribución del *ager publicus* entre los pequeños propietarios se debió a influencias económicas, producto del desarrollo de la esclavitud en las plantaciones y la ociosidad, producida como consecuencia de aquélla, de una gran

Por ejemplo, el principio jurídico de la libertad contractual puede asumir, en un orden económico basado en el monopolio, un significado enteramente distinto del que tenía en un sistema de libre competencia.

¹⁸ Weber, *Gesammelte Schriften zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* (1924), p. 202; Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3a. ed. (1887), vol. III, p. 82; Zancan, *Ager Publicus* (1935), p. 15; T. Frank, *An Economic History of Rome* (1920), p. 90.

parte de los hombres libres y pobres.¹⁹ Muchos siglos más tarde —bajo los emperadores romanos— se hizo sentir otro concomitante económico de la esclavitud. Los ricos propietarios de esclavos se acostumbraron a que todo lo que necesitaban lo produjeran sus esclavos en sus fincas. Tanto en Italia, como en las demás provincias romanas, se desarrollaron grandes propiedades económicamente autárquicas. A consecuencia de ello comenzó a decrecer el comercio. El capital privado resultó cada vez más incapaz de servir a las necesidades económicas del Imperio. Llegó incluso a estar amenazado el abastecimiento de grano de Roma y de Italia. Los emperadores romanos se vieron obligados gradualmente a recurrir a un sistema de economía regimentada.

Este producto introdujo cambios importantes en la estructura del Derecho romano.²⁰ Mientras el Derecho de la República había interferido muy poco en las actividades económicas, las leyes de los emperadores intentaron, en cambio, en progresión creciente, regular la vida económica.²¹ El rápido desarrollo del Derecho administrativo es indicio inequívoco de esta tendencia. Muchos problemas económicos, que en los primeros siglos habían quedado confiados a la discreción contractual de las partes, vinieron a estar re-

¹⁹ Véase, Weber, *Römische Agrargeschichte* (1891), p. 130; Kúbler, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* (1925), p. 121; Mommsen, *Juristische Schriften* (1905), vol. I, p. 96.

²⁰ Sería una tarea interesante para un historiador del Derecho estudiar en detalle este proceso, especialmente teniendo en cuenta que en ciertos aspectos tiene paralelos en nuestra época.

²¹ Esta tendencia se hizo muy marcada bajo el emperador Vespasiano (69-79, d.c.). En el siglo II la influencia del Estado en la vida económica estaba desarrollándose; en el III fue arrolladora.

gulados por decretos administrativos. El clímax de este proceso lo constituyó el famoso decreto del año 305 d. c., por el cual el emperador Diocleciano trató de establecer precios fijos para todo el Imperio romano. Se hizo práctica corriente la requisita de productos alimenticios por parte del gobierno. Las organizaciones privadas de mercaderes, artesanos y menestrales se transformaron en organizaciones forzosas, cuyos miembros estaban obligados a trabajar para cubrir las necesidades del Estado. No sólo se prohibió a los artesanos y menestrales y otros trabajadores calificados que abandonasen sus trabajos, sino que la ley hizo hereditarias sus profesiones: el hijo era obligado a realizar el mismo trabajo que el padre. Se establecieron muchas manufacturas estatales, que producían con frecuencia virtuales monopolios gubernamentales en ciertas ramas del comercio.²² En las partes helenísticas del

²² El aumento de actividad industrial del Estado se puso de manifiesto primeramente en la construcción. La república había puesto en manos privadas la erección de edificios públicos; en el Imperio tales tareas las llevaban a cabo con frecuencia los trabajadores o esclavos del emperador. Como consecuencia natural de ello, el gobierno emprendió también la producción de materiales de construcción. Las grandes canteras de mármol de Italia y de las provincias fueron pasando gradualmente a la posesión del emperador. Del mismo modo, la explotación de las minas pasó con frecuencia a manos de funcionarios imperiales. Muchas alfarerías que anteriormente pertenecían a terratenientes agrarios pasaron a ser propiedad del emperador por herencia, matrimonio o confiscación. Se fundaron empresas imperiales de trabajos de plomo, y en el siglo III se desarrollaron fábricas imperiales de armas. Ya en el siglo I se encuentran empresas de producción de papiro propiedad del gobierno. El fisco llegó a ser gradualmente el mayor banquero del Imperio.

Véase acerca de todo este proceso. Rostovtzeff, *Sozial and Economic History of the Roman Empire* (1926), pp. 330 ss.; Gummert, "Industrie und Handel", *Paufl-Wissowas Realenzyklopädie*, vol. 9, p. 1461; Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial und Wirt-*

Imperio y en Egipto se estableció con generalidad el sistema de monopolios en una época relativamente temprana. El sistema helenístico de economía controlada por el Estado se extendió gradualmente a Sicilia, España e Italia, prevaleciendo finalmente en todo el Imperio.²³

Debido a este desarrollo económico, la esfera del Derecho mercantil privado, basado en la libertad contractual, fue suplantada cada vez más por un Derecho administrativo en forma de decretos económicos, basados en órdenes impuestas por el Estado a los ciudadanos. En el *Corpus juris* de Justiniano son escasas las referencias al Derecho mercantil privado. Schiller ha sugerido que los compiladores justinianos del extinto Derecho romano clásico omitieron ciertos tratados clásicos relativos al Derecho mercantil porque en la época de Justiniano el comercio era casi exclusivamente un monopolio estatal.²⁴ Todo este proceso fue debido a muchas causas, pero el factor económico fue el elemento dominante.

Un examen breve y superficial de algunas instituciones del Derecho anglonorteamericano nos mostrará, de modo semejante, la importancia del factor económico. El desarrollo del Derecho contractual inglés, por ejemplo, fue en gran parte resultado de la evolución económica. En la economía feudal de la Edad Media, las obligaciones jurídicas se creaban generalmente *in rem*; en otros términos, estaban unidas a la tierra. La institución del contrato, que establece una

schaftsgeschichte (1924), pp. 275 ss.; T. Frank, *Social-Behavior in Rome* (1932), p. 92.

²³ Schönbauer, "Zur Erklärung der Lex metalli Vispascensis" (1926), *Savigny-Zeitschrift (Rom. Abt.)*, vol. 56, pp. 215 ss.

²⁴ Schiller, "Trade Secrets and the Roman Law", *Studi in onore di Salvatore Riccobono* (1934), vol. IV, p. 111.

relación estrictamente personal entre dos individuos, estaba muy débilmente desarrollada. En la medida en que existía, el Derecho contractual era un mero apéndice del Derecho de propiedad.²⁵ Pero las revoluciones agraria y comercial, que comenzaron en el siglo xiv y continuaron a lo largo de los siguientes, destruyeron la economía feudal —en gran parte agrícola— de la Edad Media y dieron origen a nuevas formas de vida económica. Factores tales como la desintegración del sistema señorial, el desarrollo del individualismo económico, la libertad cada vez mayor de enajenar las propiedades inmuebles y el crecimiento del comercio, contribuyeron a que surgiera un orden capitalista que reemplazó las servidumbres y las trabas de la Edad Media. Las relaciones económicas entre los hombres se hicieron cada vez más independientes de la tierra. Asumieron formas más laxas y libres. Esas formas más laxas y libres encontraron principalmente expresión en la institución jurídica del contrato. Es inconcebible una economía capitalista basada en la manufactura y el comercio, sin el reconocimiento del derecho de los individuos a concluir acuerdos contractuales libres de carácter personal. No hay mejor inicio de la sustitución de un sistema económico feudal por uno capitalista, que la traslación del centro de gravedad del sistema jurídico del Derecho de propiedad inmobiliaria al Derecho contractual.²⁶

²⁵ Incluso en los siglos xvii y xviii el Derecho contractual se estudiaba de esta manera en los sistemas jurídicos de Hale y Blackstone, a pesar de que se encontraba ya en un estadio de desarrollo mucho más maduro.

²⁶ Sobre el desarrollo del Derecho contractual, véase Pollock y Maitland, *History of English Law*, 2a. ed. (1898), vol. II, pp. 184 ss.; Holdsworth, *History of English Law*, 3a. ed., vol. III (1923), pp. 412 ss.; Lipson, *Economic History of England*, vol. I (1929), p. 115.

Hay ejemplos históricos de intentos de contrarrestar la evolución económica mediante disposiciones jurídicas. Uno de ellos es la reacción hostil que produjeron en el campo del Derecho los primeros síntomas, apenas perceptibles, que señalaron —en los siglos XVI y XVII— el comienzo de una revolución industrial. Hay noticias de muchas invenciones, intentadas en esos siglos, que fueron frustradas por la oposición de los trabajadores a los inventos industriales. Uno de los objetos de las primeras coaliciones obreras fue resistir a la introducción de maquinaria. El régimen de los Estuardos miraba con recelo las invenciones destinadas a ahorrar trabajo, creyendo que harían difícil el sostenimiento de la multitud de artesanos pobres. Se aprobaron muchas leyes que prohibían la introducción y el empleo de maquinaria. Por ejemplo, en varios países se prohibió el uso de los telares holandeses para cintas. Tales leyes debieron su origen al miedo producido por el desarrollo económico.²⁷ Las leyes contra los *trusts* en los Estados Unidos nos ofrecen un paralelo moderno. El rápido crecimiento de las empresas capitalistas en el siglo XIX presagió la posibilidad de una concentración cada vez mayor de riqueza en manos de relativamente pocos individuos y sociedades. Surgió el peligro de que la aparición en la vida económica de la nación de los monopolios y *trusts* produjera una elevación de precios, un paro forzoso y la destrucción del individualismo económico y la libre concurrencia. La ley Sherman contra los *trusts* (Sherman Antitrust Act) de 1890 y su complemento, la ley Clayton (Clayton Act) de 1914, fueron proyectadas para prevenir las consecuencias amenazadoras de ese desarrollo económico. En ambos casos las fuerzas

²⁷ Ligson, *op. cit.*, vol. I, p. 426; vol. III, pp. 51-60, 166, 401.

económicas demostraron ser más poderosas que las medidas jurídicas destinadas a contrarrestarlas.

Todos estos ejemplos demuestran que el Derecho está determinado a menudo, e incluso dominado, por las fuerzas económicas, y que la relación entre el orden económico y el jurídico es muy íntima. No es seguro, sin embargo, afirmar que todos los fenómenos jurídicos son exclusiva o primordialmente resultado o "superestructura" del sistema de producción que prevalece en una sociedad. Ciertas ramas del Derecho tienen muy poco que ver con la economía. Muchas normas jurídicas relativas al matrimonio y las relaciones familiares tienen sus raíces en consideraciones de naturaleza no económica. El Derecho administrativo moderno tiene muchas normas técnicas que se refieren a detalles de administración o dirección inconexos con problemas económicos; las actuales reglamentaciones del tráfico son un ejemplo similar. Los principios del Derecho constitucional y público que se ocupan de las relaciones mutuas entre las varias ramas e instituciones gubernamentales se basan con frecuencia totalmente en consideraciones de conveniencia política. Factores políticos como la conquista, pueden ser causa decisiva de cambios en el terreno jurídico. Cuando Hitler anexó Austria a Alemania, el antiguo Derecho austriaco fue remplazado por el alemán.²⁸ Debe notarse también que las costumbres y principios religiosos pueden afectar fuertemente el sistema jurídico; por ejemplo, la prohibición de la usura en la Edad Media tiene que ser atribuida a postula-

²⁸ Un marxista podría replicar que la conquista misma fue producida por causas económicas, pero no puede haber duda de que el valor económico que representaba Austria para Alemania era pequeño y que lo decisivo en este caso fueron razones ideológicas y militares.

dos religiosos. La influencia de una gran personalidad puede moldear de modo decisivo las normas jurídicas; muchas disposiciones del código civil francés de 1804 llevan la impronta de las convicciones personales de Napoleón y no pueden ser explicadas por los resultados económicos de la Revolución francesa. Finalmente, hay que subrayar que la historia de un sistema jurídico cualquiera, está determinada en alto grado por la tradición. Los intentos de los juristas profesionales de lograr la certeza y la congruencia en el orden jurídico contribuyen a emancipar el Derecho de su fundamento económico.²⁹ El sistema jurídico llega a cierta rigidez que puede colocarle gradualmente fuera de contacto con las realidades económicas.

No estaría justificada la suposición de que Marx y sus discípulos dejaron de considerar o pasaron por alto todos estos factores. Como hemos visto, Engels explicó en alguna de sus últimas cartas que ni él, ni Marx, pretendieron nunca que la subestructura económica fuese el factor motivador único y exclusivo de la historia política y jurídica. Admitía que las varias formas de la superestructura, como la política, el Derecho, la filosofía, podían, a su vez, ejercer una influencia importante en el desarrollo de la historia.³⁰

No es que la situación económica sea la causa, en el sentido de ser el único agente activo y que todo lo demás no sea sino un resultado pasivo. Se trata más bien

²⁹ Aunque, en general, acepta la interpretación económica del Derecho, Laski se muestra de acuerdo con esta opinión en *The State in Theory and Practice* (1935), p. 102, [Hay trad. española de V. Herrero, Madrid, 1936, *El Estado en la teoría y en la práctica.*]

³⁰ Engels, Carta a J. Bloch, 21 de septiembre de 1890, Marx y Engels, *Correspondence 1846-1895, A Selection* (1934), p. 475; véase, *supra*, Sec. 40.

de una acción y reacción mutuas, sobre la base de la necesidad económica que, en último término, se impone siempre.³¹

Esta versión de la teoría del materialismo histórico afirma que los factores económicos no ejercen una influencia exclusiva, sino meramente preponderante y, en último término, decisiva, sobre el curso de la historia y el Derecho.

No se debe dar por supuesto que esta opinión es verdadera, aunque no sea ciertamente fácil refutarla. Todo acontecimiento histórico está determinado por una serie de causas y a menudo es imposible decir con certeza cuál de las causas fue "preponderante" o "decisiva en última instancia". Por ejemplo, al estudiar el lugar sociológico de las leyes de propiedad intelectual, sería difícil averiguar cuál fue el factor en último extremo determinante: si consideraciones económicas o el postulado ético de proteger el trabajo creador de un escritor o un artista. En ciertos casos es incluso evidente que las causas económicas no han sido las preponderantes. El hecho de que el sistema capitalista se desarrollara en ciertos países como Alemania e Italia antes que en otros como Inglaterra, debe ser atribuido primordialmente a causas políticas.³² Los factores económicos no pueden explicar por qué no se produjo en Inglaterra en el siglo XVI la recepción del Derecho romano. El sistema de jurados

³¹ Engels, Carta a H. Starkenburg, 25 de enero de 1894, *Ausgewählte Briefe*, pp. 410 ss.

³² El desarrollo religioso tuvo también influencia en este problema. Véase Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism* (1926) [trad. española, *La religión en el orto del capitalismo*, Madrid, 1936]; Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, trad. inglesa Parsons (1930).

inglés debe su existencia al fuerte gobierno centralizado de los reyes normando-angevinos, y no a razones económicas. El hecho de que Inglaterra tenga una Constitución no escrita, en tanto que los Estados Unidos adoptaron el sistema de una Carta fundamental escrita, es una consecuencia de la historia política más bien que de la historia económica. Difícilmente puede decirse que las diferencias entre las constituciones de Francia [Leyes Constitucionales de 1875] y los Estados Unidos con respecto a la responsabilidad parlamentaria del ejecutivo y la separación de los poderes estatales hayan tenido su causa primordial en la economía.

Incluso la Revolución rusa de 1917, que debería ser considerada como piedra de toque para probar la doctrina marxista, es más bien una refutación que una demostración de aquélla. Marx y Engels esperaban el advenimiento de revoluciones socialistas en las naciones capitalistas y altamente industrializadas de Europa. Estaban convencidos de que el socialismo podría surgir de un sistema capitalista desarrollado. La Rusia anterior a la primera Guerra Mundial era, por el contrario, un país semifeudal y agrícola, con un débil comienzo de producción capitalista en algunas ramas. El hecho de que fuese, uno de los países más primitivos de Europa, el primero en saltar a una forma de economía socialista fue una prueba severa para la teoría del materialismo histórico. En 1917 algunos de los teóricos del partido bolchevique, fuertemente imbuidos de la doctrina marxista, no estaban seguros de si deberían —en vez de fomentar una revolución socialista— fomentar o apoyar una revolución capitalista burguesa que, según la teoría marxista, debería producirse en el país. Su conciencia marxista les advertía en contra de un intento de aplastar las leyes

inevitables de la necesidad lógico-histórica que la doctrina del materialismo histórico había impreso en sus mentes. No fueron los postulados de la lógica dialéctica, sino la fuerte personalidad de Lenin, lo que decidió en último término en sentido afirmativo la cuestión de la posibilidad de una revolución socialista en las condiciones económicas existentes en Rusia. El hecho de que se completase con éxito la revolución no puede justificarse en términos económicos. Desde el punto de vista de la dialéctica marxista ortodoxa, el resultado es irracional e injustificado. Dándose cuenta de ello, Lenin y Trotski estaban firmemente convencidos de que la Revolución rusa no era más que el preludio de una serie de revoluciones en los países capitalistas de la Europa central y occidental. Si hubiesen ocurrido tales revoluciones se habrían reafirmado las leyes marxistas de la evolución histórica pese a alguna desviación pasajera. Pero constituye una de las ironías de la historia el hecho de que durante mucho tiempo hubiera de ser Rusia el único campo de experimentación del socialismo en el mundo. La historia es una red de acontecimientos muy complicada y enmarañada. Todo intento de analizarla y explicarla en términos de un solo denominador parece destinado al fracaso.³³

³³ Pollock y Maitland, *op. cit.*, vol. I, pp. 93, 138-153, vol. II, p. 632; Holdsworth, *op. cit.*, vol. II, pp. 312-320.

XII. FACTORES NACIONALES Y RACIALES

43. *La escuela histórica del Derecho*

LA PRIMERA de las modernas teorías históricas del Derecho atribuyó el fenómeno del Derecho a la acción de factores nacionales. La famosa escuela histórica de **Savigny y Puchta** consideraba al Derecho como producto, en primer lugar, del carácter nacional y el espíritu peculiar de un pueblo.

Para comprender el significado de esta influyente teoría jurídica hay que hacer un breve examen de las condiciones sociológicas del medio en que se produjo. Los filósofos jusnaturalistas de los siglos xvii y xviii habían tratado de encontrar la forma ideal y más perfecta del Derecho. Les interesaban las finalidades y propósitos del Derecho, no sus fuentes y orígenes. Desdénaban totalmente la historia jurídica. Concebían el Derecho como producto de la razón y de la acción voluntaria humana, no como un producto de desarrollo lento y evolución histórica. Acaso sea en este punto —la despreocupación por las fuerzas históricas y evolucionistas del Derecho, de que dieron muestras sus representantes más conspicuos— donde más claramente se pone de manifiesto el carácter revolucionario de la doctrina jusnaturalista clásica. La revolución es, ante todo, una ruptura completa con la historia.

De hecho, la era del racionalismo y el Derecho natural culminó en Europa con la Revolución francesa

de 1789. Los hombres trataron de edificar un nuevo orden, basado en los principios de libertad e igualdad, que los defensores más destacados del Derecho natural habían proclamado postulados eternos de la razón y de la justicia. Cuando la Revolución fracasó en su intento de lograr esos objetivos del mundo doctrinario en que se había propuesto alcanzarlos y tuvo que contentarse con resultados parciales, se produjo en toda Europa una cierta reacción contra sus premisas racionalistas. Especialmente en Inglaterra y Alemania —los dos países que resistieron, y en cierta manera frustraron los intentos de extender a toda Europa las ideas de la Revolución francesa— cobró vigor el movimiento contra el racionalismo ahistórico de los precursores de la Revolución. Se subyugaron y propagaron ideas conservadoras basadas en la historia y la tradición. En la esfera del Derecho y la filosofía jurídica, este movimiento significó la acentuación de la historia del Derecho y la tradición jurídica frente a los intentos especulativos de implantar un Derecho natural. Se investigó y estudió a fondo la historia del Derecho y se pusieron frenos al celo de los reformadores jurídicos. Fue en este periodo cuando la investigación científica de las fuerzas modeladoras del Derecho comenzó a remplazar las especulaciones racionalistas acerca de la naturaleza ideal, los fines y los objetivos sociales del Derecho.

En Inglaterra fue Edmund Burke (1729-1797) quien denunció los excesos de la Revolución y subrayó el valor de la tradición y su desarrollo gradual. Protestó contra la alteración irreflexiva del orden político y jurídico del pueblo francés y señaló la historia, el hábito y la religión como los verdaderos guías de la acción social. En Alemania se produjo una reacción aún más fuerte contra los principios racionalistas y cosmopoli-

tas de la Revolución francesa. Se desarrolló un movimiento antirracionalista, de carácter romántico, irracional y vehementemente nacionalista, que encontró expresión en la literatura, el arte y la teoría política. En la esfera del Derecho este movimiento estuvo representado por la escuela histórica, cuyo expositor más destacado fue Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), que tuvo su discípulo más distinguido en Georg Friedrich Puchta (1798-1846).

La concepción del Derecho de Savigny fue expuesta primeramente en su famoso folleto *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia* (1814). Este folleto era una respuesta a la proposición, hecha por un profesor de Derecho civil de Heidelberg —Thibaut—, de que se emprendiera una codificación que reuniese las leyes y costumbres de los diferentes Estados germánicos en un todo coherente, basado en el Derecho romano y en el Código de Napoleón. Savigny atacó con vehemencia esta sugestión. A su juicio, el Derecho era algo que no podía ser creado arbitrariamente por el legislador. El Derecho —decía Savigny— es un producto de “fuerzas internas que operan silenciosamente”.¹ Debe su origen a la “universal creencia del pueblo”.^{*} Sus verdaderas fuentes eran la fe popular y la costumbre, que en el curso de su desarrollo se reforzaban por la jurisprudencia científica y la acción de los profesionales del Derecho. Como el lenguaje, la constitución y las costumbres del pueblo, el Derecho estaba determinado, ante todo, por el carácter peculiar de una nación, por el “espíritu del pueblo” (*Volks-*

¹ Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*, trad. inglesa Hayward (1831), p. 30. [Trad. española, La España Moderna, Madrid, s. a.; prólogo de A. Posada.]

^{*} Empleo esta fórmula, no muy feliz, siguiendo la utilizada en la trad. española citada en la nota anterior. [T.]

geist).² En cada pueblo —opinaba Savigny— se desarrollan ciertas tradiciones y costumbres que, por ser práctica continua, acaban por convertirse en normas jurídicas. Sólo por medio de un estudio cuidadoso de esas tradiciones y costumbres puede encontrarse el verdadero contenido del Derecho. En sentido propio el Derecho es idéntico a la opinión del pueblo en materias de rectitud y justicia. Tiene hondas raíces en el pasado de la nación. Savigny decía:

En todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen, en verdad, existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente unidas y que sólo teóricamente aparecen como atributos distintos. Lo que las hace formar un todo es la creencia universal del pueblo, el sentimiento uniforme de una necesidad íntima que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario [...]. El Derecho progresa con el progreso del pueblo, se fortalece con él y finalmente perece cuando la nación ha perdido su personalidad.³

Así, en opinión de Savigny, el Derecho, como el idioma, es producto, no de una voluntad arbitraria, sino de un crecimiento lento, gradual y orgánico.⁴ Puchta

² Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I (1840), p. 14. [Hay trad. española de Jacinto Mesía y Manuel Poley, prólogo de Durán y Bas, *Sistema del Derecho romano actual*, Madrid, s. a.]

³ Savigny, *De la vocación*, etc., pp. 24, 27.

⁴ Kantorowicz hace un resumen excelente de la doctrina de la escuela histórica: "El Derecho, como la cultura, es emanación de las fuerzas inconscientes, anónimas, graduales e irracionales de la vida individual de una determinada nación." ("Savigny and

expuso claramente esta idea en las siguientes palabras:

La génesis o desarrollo del Derecho, partiendo del espíritu del pueblo, es un proceso invisible. ¿Quién será capaz de emprender la tarea de seguir los caminos por medio de los cuales surge en un pueblo una convicción —cómo germina, crece, prospera y se desarrolla? Lo que vemos es sólo el producto —el Derecho— tal como ha surgido del oscuro laboratorio en el que ha sido preparado y que le ha dado realidad.⁵

Era natural que Savigny y Puchta, consecuentes con su teoría, prefieran el Derecho consuetudinario a la legislación; estaban firmemente convencidos de que el Derecho consuetudinario era la expresión más genuina de la "creencia universal del pueblo".⁶

Puede verse fácilmente que esta doctrina era la antítesis plena de la jusnaturalista.⁷ Los pensadores racionalistas creían que las normas jurídicas podían ser descubiertas y formuladas en un código, sin más

the Historical School of Law" [1937], *Law Quarterly Review*, vol. 53, pp. 326 ss. a 340.)

⁵ Puchta, *Outlines of Jurisprudence as the Science of Rights*, trad. inglesa Hastie (1887), pp. 37-38. (La palabra "right" —Derecho subjetivo—, empleada en la traducción de Hastie, ha sido remplazada en la edición inglesa de esta obra por el término "law" —Derecho objetivo—, que es más correcto.)

⁶ Savigny, *De la vocación, etc.*, p. 24; Puchta, *Gewohnheits Recht* (1828), vol. I, pp. 143, 144.

⁷ Hay una única semejanza entre ambas doctrinas, consistente en el hecho de que las dos tienen carácter metafísico y no empírico. La teoría del Derecho natural es metafísica, porque cree en la existencia de leyes eternas e inmutables, que gobiernan la realidad. La escuela histórica es metafísica porque supone que el Derecho es modelado por fuerzas silenciosas, secretas e inescrutables, que sólo pueden ser aprehendidas por procesos intuitivos y no por la razón.

que consultar la razón humana. La escuela histórica detestaba la legislación y subrayaba el concepto irracional, casi místico del "espíritu del pueblo" que tenía sus raíces en el pasado remoto. La escuela del Derecho natural enseñaba que el verdadero Derecho era el mismo en todos los tiempos y países. Los juristas de la escuela histórica creían en el carácter exclusivamente nacional de las instituciones jurídicas. La escuela jusnaturalista, como doctrina revolucionaria, miraba al futuro. La escuela histórica, como reacción contra aquélla, miraba al pasado. Esta escuela no dejó de influir en el desarrollo de una filosofía jurídica extremadamente conservadora, basada en la religión, como fue la formulada por Friedrich Julius Stahl (1802-1861). En realidad la escuela histórica fue el reflejo producido en el campo del Derecho por la época de reacción política que siguió a la derrota de Napoleón y al Congreso de Viena, que encontró expresión en la "Santa Alianza" de las monarquías dinásticas. No debe olvidarse al valorar la escuela histórica que Savigny era noble y conservador y que detestaba el racionalismo igualitario de la Revolución francesa. Era, además, un nacionalismo alemán, adversario del cosmopolitismo implícito en la doctrina de la Revolución. Opuesto al Código de Napoleón, trataba de evitar la promulgación de códigos similares en Alemania. Este hecho explica su enemistad a la legislación y la importancia que atribuía a las fuerzas silenciosas, anónimas e inconscientes como verdaderos elementos del desarrollo jurídico, en el que no debía permitirse la interferencia de ningún legislador.

La escuela histórica fue, acaso, el estímulo más fuerte de la resurrección del interés en la historia, típico de la teoría jurídica del siglo XIX. Se emprendieron en todas partes, pero singularmente en Alemania,

detalladas investigaciones de los periodos primitivos y arcaicos de la historia del Derecho. Se escribieron numerosos volúmenes eruditos dedicados a estudiar detalles secundarios de sistemas jurídicos remotos. En algunos casos, los resultados conseguidos no fueron proporcionados a los esfuerzos realizados en esos estudios históricos, pero en muchos otros, condujeron a un enriquecimiento grande e imprescindible de los conocimientos acerca del desarrollo remoto de las instituciones jurídicas. Un gran expositor alemán de la escuela histórica en sus etapas posteriores fue Otto von Gierke (1841-1921). En sus importantes estudios sobre el antiguo Derecho alemán de las corporaciones demostró la influencia de la personalidad del grupo y la voluntad de éste sobre el desarrollo del Derecho. En Inglaterra, Sir Henry Sumner Maine publicó sus grandes estudios sobre las instituciones jurídicas antiguas. Les siguió F. Maitland con sus obras y ensayos sobre historia del Derecho inglés. En los Estados Unidos, la escuela histórica del Derecho estuvo representada por James Coolidge Carter (1827-1905). Era, como Savigny, enemigo enconado de la legislación y firme creyente en la superioridad del Derecho consuetudinario. Se debe de modo principal a sus esfuerzos que fuera finalmente rechazado el proyecto del Código civil para el Estado de Nueva York, redactado y propuesto por David Dudley Field. Pero desde comienzos del siglo xx la influencia de la escuela histórica —particularmente en los Estados Unidos— se ha ido desvaneciendo.

44. *La teoría racista del Derecho*

En época muy reciente se ha elaborado otra teoría del Derecho que, en diferente forma, hace derivar el origen y desarrollo del Derecho de factores etnográficos y del carácter peculiar de las naciones. Es la doctrina racista del Derecho, que se ha convertido en credo oficial de la Alemania nacionalsocialista. Será útil, para comprender esta doctrina, una breve introducción acerca de su escenario histórico.

Como la Revolución francesa de 1789, la Revolución rusa de 1917 sacudió a Europa y al mundo hasta sus cimientos mismos. La teoría de la revolución mundial propagada por los líderes del movimiento bolchevique ruso produjo una llamarada de desasosiego social y agitación revolucionaria en muchos países del mundo. La III Internacional excitaba a los trabajadores a unirse bajo la dirección del partido comunista y a derribar el capitalismo y los gobiernos existentes. Este movimiento internacional produjo en muchos países europeos —especialmente en la Europa central, donde el marxismo había creado sus baluartes más firmes— una ola de reacción y contraataque. Se organizaron movimientos contrarrevolucionarios que, en las primeras etapas de su actividad, consideraban como objetivo principal suprimir y destruir el movimiento marxista internacional. Las más poderosas de estas organizaciones contrarrevolucionarias fueron el partido fascista en Italia y el movimiento nacionalsocialista en Alemania. El movimiento nacionalsocialista, dirigido por Adolf Hitler, adoptó una filosofía de la vida que, en sus ideas generales —aunque no en sus métodos—, se oponía al comunismo marxista.⁸ El

⁸ Recientemente Alemania y Rusia, es decir, los dos países que representaban las doctrinas opuestas, han llegado a un *rap-*

principio más importante en que se basa esta filosofía es la doctrina de la raza, que domina todas las manifestaciones de la vida social —incluyendo el sistema jurídico— del III Reich.

Según la teoría del movimiento nacionalsocialista alemán, una nación es una comunidad ligada por lazos de sangre. El espíritu y cultura de una nación están condicionados por su alma racial. Se sostiene que el Derecho, como todos los demás valores culturales, se transmite por la sangre. Por consiguiente, sólo una persona que tiene los factores raciales adecuados para ello, puede comprender y administrar el Derecho alemán. El Derecho debe ser puesto al servicio de la más alta función del Estado que, según Hitler, es mantener la nación pura en sus características raciales y espirituales y protegerla contra las influencias raciales impuras.⁹ Sobre la base de esta opinión puede entenderse la definición del Derecho dada por Alfred Rosenberg: "Es Derecho lo que los arios consideraban como tal; no-Derecho lo que rechazan."¹⁰

prochement. [Téngase en cuenta que la edición inglesa de este libro es anterior a la agresión alemana contra Rusia, aunque posterior al pacto germano-ruso de 1939. (T.)] No es sorprendente del todo, cuando se considera que Rusia ha abandonado gradualmente algunas de las ideas de revolución mundial bolchevique, en tanto que Alemania ha avanzado, en progresión creciente, en dirección a un socialismo de Estado, revolucionario. Debe tenerse en cuenta que los movimientos antirrevolucionarios y contrarrevolucionarios tienen más de común entre sí de lo que cada uno de ellos tiene con el antiguo orden que tratan de sobrepasar y destruir. Cf. el instructivo artículo de Meusel, "Revolution and Counter-Revolution", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XIII, pp. 376 ss.

⁹ Hitler, *Mein Kampf*, ed. inglesa Reynal & Hitchcock (1939), pp. 591, 606, 608. [Hay varias eds. españolas, aunque ninguna completa. (T.)]

¹⁰ Rosenberg, "Das Recht wurzelt im Volk" (1937), *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, vol. IV, p. 610.

La conciencia racional es considerada como la fuente del Derecho. "Toda teoría jurídica nace de un alma racial particular y muere o triunfa con esa alma."¹¹ Según la teoría nacionalsocialista, para entender los principios del Derecho alemán es preciso remontarse hasta el Derecho de las antiguas tribus germánicas en las que se realizó por primera vez la conciencia racial del pueblo alemán. "Quienquiera que sirva al Derecho —juzgando, escribiendo, hablando o enseñando— tiene que retornar al significado y espíritu del viejo Derecho germánico, que era una armonía de intelecto y corazón, de espíritu y alma."¹²

Ocasionalmente se llega incluso a utilizar el concepto del Derecho natural para dar a la teoría jurídica nacionalsocialista una base filosófica. No se trata ya, naturalmente, del Derecho natural cosmopolita de la época clásica; es "un Derecho natural basado en la sangre y en el suelo".¹³ Para no mencionar sino unos cuantos principios elementales de este nuevo "Derecho natural": "por encima de todas las disposiciones legales está el derecho natural a la existencia de una nación, derecho concedido por Dios... Un hombre tiene que ser para todos y todos los hombres para uno... La sangre igual pertenece a un mismo imperio".¹⁴ Es evidente que con tales formulaciones se intenta justificar un programa político determinado como realización de principios de Derecho natural, fenómeno que ha ocurrido con frecuencia en la historia.

¹¹ Rosenberg, "Eine neue deutsche Rechtsphilosophie" (1934), *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, vol. I, p. 47.

¹² Voss, "Zeitenwende" (1933), *Juristische Wochenschrift*, vol. LXII, p. 1161.

¹³ Dietze, "Naturrecht aus Blut und Boden" (1936), *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, vol. III, p. 818.

¹⁴ *Ibid.*, p. 819.

Cuando comparamos la filosofía jurídica del III Reich hitleriano con la interpretación marxista del Derecho, encontramos algo que nos recuerda el contraste entre la doctrina clásica del Derecho natural y la escuela histórica. La escuela jusnaturalista clásica y la interpretación marxista del Derecho, a pesar de sus enormes diferencias, tienen en común tres cosas; ambas son revolucionarias e imaginan una sociedad futura, modelada de acuerdo con su convicción de la naturaleza del hombre; ambas adoptan una actitud decididamente negativa frente al Derecho positivo vigente; ambas son internacionalistas.

Por el contrario, la escuela histórica y la teoría racista del Derecho han sido originariamente reacciones contra una doctrina revolucionaria. La escuela histórica fue una reacción contra el individualismo revolucionario de la Revolución francesa. La teoría racista del Derecho comenzó como reacción contra el socialismo revolucionario de la Revolución rusa. Ambas teorías tienen en común el hecho de que son decididamente nacionalistas. Ambas buscan las raíces del Derecho en el pasado de la nación. En el III Reich se glorifican y se ponen como ejemplo las instituciones jurídicas de las antiguas tribus germánicas. A principios del siglo XIX Savigny trató de probar que el Derecho romano, que era entonces Derecho válido en Alemania, había sido adoptado por los conquistadores germánicos del Imperio romano y había pasado a ser, en época muy temprana, parte de la herencia nacional de los alemanes.¹⁵

¹⁵ Los juristas alemanes actuales, que toman una posición antagónica frente al Derecho romano (cf. Lange, "Deutsche Romanistik" [1934], *Deutsche Juristenzeitung*, vol. XXXIX, p. 1494), desean volver a la época anterior a la recepción de las instituciones jurídicas romanas.

Hay, sin embargo, tres importantes distinciones entre la escuela histórica de Savigny y la interpretación racista del Derecho. En primer lugar, para Savigny una nación era un conjunto de individuos con una historia común y una tradición cultural común. En la Alemania hitleriana se la identifica con una cierta raza. Esto introduce en la teoría política y jurídica un elemento biológico que faltaba en la definición que daba Savigny del Derecho como producto del "espíritu del pueblo". La escuela histórica del Derecho, de Savigny, puede ser considerada como una forma de idealismo romántico. Por el contrario, la filosofía hitleriana del Derecho es una forma de materialismo romántico; considera una sustancia física —la sangre— como la sustancia de todas las cosas.

En segundo lugar, la escuela histórica era hostil a la legislación y estaba en favor de un desarrollo lento, casi inconsciente, de las instituciones jurídicas. En la Alemania de Hitler se está creando continuamente nuevo Derecho en forma de decretos aprobados por el gobierno, sin ulterior formalidad, bajo la denominación de leyes del Reich. El Derecho no tiene ya vida independiente, como la tenía, dentro de ciertos límites, en la Alemania del siglo XIX. Se ha convertido en instrumento político en manos de un gobierno arbitrario y está siendo modelado según las necesidades y deseos del régimen.

Finalmente, la escuela histórica reconocía la existencia de relaciones entre Derecho y libertad. "La libertad es el fundamento del Derecho", decía Puchta.¹⁶ En el concepto nacionalsocialista del Derecho ha sido eliminada toda referencia a la libertad. En el Estado totalitario fascista no hay lugar para los derechos in-

¹⁶ Puchta, *Outlines of Jurisprudence as the Science of Right*, p. 5.

dividuales. El fin del Derecho no es proteger la esfera privada del ciudadano, sino servir al interés de la nación como persona colectiva. "El Derecho es lo que es útil a la nación alemana", es una afirmación de un destacado jurista alemán que se cita frecuentemente.¹⁷ El alcance del interés alemán lo determina únicamente el Führer de la nación y jefe del gobierno, Adolf Hitler. Declaraciones como la de que "el Derecho es el plan formulado por el *Führer*"¹⁸ o "el juez está obligado a investigar si en lo íntimo de su alma está de acuerdo con el *Führer*"¹⁹ son expresiones características de esta actitud respecto al Derecho. En realidad, gran parte de esta doctrina no es una filosofía del Derecho, sino una filosofía de la política de poder, porque es una filosofía que no reconoce límites a la voluntad arbitraria y a la discreción del caudillo autocrático.

45. Valoración de estas doctrinas

No puede dudarse de que la atribución de las instituciones jurídicas a factores nacionales y raciales tiene alguna razón de ser. Esto se ve claro cuando estudiamos, por ejemplo, las causas de la grandeza del Derecho romano. Bryce decía:

Ningún pueblo ha estado nunca tan empapado de ideas jurídicas como lo estuvo el romano; ninguno dio tan alta dignidad a la profesión jurídica, ni se tomó tanto trabajo en la elaboración de normas jurídicas, ni

¹⁷ Citado por Kessler, "Zum Umbruch unserer Rechtssprechung" (1936), *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, vol. III, p. 321.

¹⁸ Frank, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1937), p. 63.

¹⁹ Freisler, *Jahrbuch des deutschen Rechts*, 1933, p. 523.

formuló —añádese a lo anterior— una concepción tan valiosa de lo que debe ser el Derecho.²⁰

La gran aportación de Roma al mundo fue su Derecho; y ese Derecho fue sobre todo un producto del genio jurídico específico del pueblo romano y sus jurisconsultos. Estos jurisconsultos combinaron en una proporción notable dos cualidades. Tenían, por una parte, la capacidad de formular las normas jurídicas generales de manera clara y precisa. Por otro lado, poseían una habilidad especial para decidir un caso concreto según las circunstancias, captando con claridad su carácter particular y sin poner demasiada atención en la lógica abstracta. Estas dos virtudes, que en sí son contradictorias, se complementaron en los jurisconsultos romanos en una proporción bien equilibrada.

Los principios generales que formularon los jurisconsultos romanos estaban destinados siempre a servir un propósito práctico. La formulación meramente abstracta de conceptos legales para propósitos sistemáticos y lógicos era extraña a su mentalidad. No se inclinaban a exponer definiciones y principios jurídicos en interés de la congruencia teórica y el orden sistemático. *Omnis definitio in iure civile periculosa est*, dijo Javoleno.²¹ Las definiciones y los principios generales son peligrosos, porque al formularlos no se pueden prever todas las dificultades y complicaciones posibles en su aplicación a la vida real. Por otra parte,

²⁰ Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 866. Otro autor que señaló los rasgos y características nacionales del pueblo romano como fuente de su específico genio jurídico fue Jhering, en *Der Geist der römischen Recht*, 7a. ed. (1924), vol. I, pp. 312 ss. [Hay trad. española, *El espíritu del Derecho romano*, de Enrique Príncipe y Satorres, 5a. ed., Madrid, s. a. (Baillière-Bailliére.)]

²¹ Dig. L., 17, 202.

los jurisconsultos romanos no cometieron la equivocación de abandonar todo intento de sistematización jurídica o de caer en el "culto de la decisión concreta".²² Crearon definiciones de términos jurídicos, pero lo hicieron de modo muy cauteloso y reservado, y siempre con vistas a los resultados prácticos y atendiendo a las distintas necesidades de la vida. Establecieron reglas y principios generales, pero no los expusieron en forma rígida y categórica que impidiera su adaptabilidad al caso particular. Su Derecho era a la vez congruente y flexible. La estructura general del sistema jurídico es siempre visible a través de la maraña de detalles. Esos resultados fueron posibles gracias a una combinación, en los jurisconsultos romanos, del sentido práctico con una disciplinada claridad de pensamiento. No sacrificaron la conveniencia práctica a sus teorías, ni incurrieron en el extremo contrario de dejar deslizarse el Derecho hasta caer en la situación caótica de la justicia de un cadí oriental, en la que se deciden los casos sin consideración de ninguna regla general.²³

Estas cualidades de los jurisconsultos romanos eran un producto de carácter nacional específico del pueblo romano. Los romanos tenían un don especial para el Derecho y la jurisprudencia.

Ciertamente no es un fenómeno accidental, sino una prueba convincente del carácter nacional específico

²² Véase, *infra*, Sec. 58.

²³ Sobre las cualidades de los jurisconsultos romanos, véase Schulz, *Principles of Roman Law*, trad. inglesa Wolff (1936), pp. 40 ss.; Bryce, "The Methods of Legal Science", *op. cit.*, pp. 628 ss.; Bruns-Lenel, "Geschichte und Quellen des römischen Rechts", *Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7a. ed. (1915), vol. I, pp. 356-360.

del pueblo romano, que así como la literatura griega comenzó con Homero, la literatura romana empieza con las XII Tablas y que, así como en Grecia la *Iliada* y la *Odisea* formaban la base de la primera educación, en Roma fuera el Derecho el que ocupase este lugar.²⁴

Desde su temprana juventud el ciudadano romano recibía enseñanza acerca de los elementos esenciales del Derecho. Su sentido práctico no repugnaba el formalismo de la Ciencia del Derecho. Los problemas jurídicos que se planteaban en un proceso se convertían en tema general de conversación en Roma. El gran interés de los romanos en su Derecho se reflejó de manera destacada incluso en las obras de sus poetas. Plauto es una rica fuente para el conocimiento del primitivo Derecho romano; de modo análogo, los escritos de otros poetas contienen numerosas alusiones a las relaciones e instituciones jurídicas.²⁵ La excelencia de su Derecho era motivo de orgullo nacional para los romanos, y sus jurisconsultos ocupaban un grado muy elevado en la estimación pública. En el pueblo romano se desarrolló un sentido bien equilibrado de la equidad y la justicia.²⁶ Había una tendencia conservadora a la tradición, pero no una terca aversión al cambio. El Derecho romano es el prototipo de un Derecho que se desarrolla lenta y orgánicamente, sin interrupciones violentas y repentinas, pero evitando, por otra parte, el estancamiento y la inmovilidad del Derecho oriental. Jhering observó justamente —al describir el desarrollo lento y casi imperceptible del Derecho romano— lo que sigue:

²⁴ Jörs, *Römische Rechtswissenschaft* (1888), p. 264.

²⁵ *Ibid.*, pp. 264, 266.

²⁶ Pueden encontrarse detalles sobre el particular en *Der Geist der römischen Rechts* de Jhering, 7a. y 8a. eds. (1924), vol. I, p. 331.

A lo penoso y lento del proceso de formación corresponde la solidez del producto; el roble crece extremadamente despacio, pero su madera es superior a la del álamo. Lo que se adquiere fácilmente se abandona con igual facilidad; por otro lado, lo que se consigue con gran esfuerzo se mantiene tenazmente. Esta proposición es tan verdadera para los pueblos como para los individuos. Un pueblo que, como el romano o el inglés, se aferra a lo viejo y no cede a las innovaciones más que cuando la resistencia contra ellas ha llegado a ser imposible, las conserva también con igual firmeza.²⁷

La nación inglesa, como el pueblo romano, ha sido dotada de una disposición natural para el Derecho y la jurisprudencia. Según Jhering, una de las razones del talento jurídico de los ingleses es el conservadurismo ilustrado del que participaron también los romanos. Es característico de los juristas ingleses, como lo fue de los jurisconsultos romanos, una tendencia a aferrarse a los módulos establecidos, pero sin una resistencia demasiado terca a los cambios inevitables. Otro paralelo es el sentido práctico altamente desarrollado de ambos países. Los jueces ingleses, como los jurisconsultos romanos, tienen una capacidad natural para decidir los casos atendiendo a las circunstancias y con miras a un resultado equitativo y práctico. El escolasticismo y la sofistería, de no haber alguna razón que los justifique, son, en conjunto, extraños para ellos.

Pero hay diferencias entre el pensamiento y los métodos jurídicos de ambos pueblos, que pueden, a su vez, explicarse por las características nacionales. Los jurisconsultos romanos decidían un caso atendiendo a sus circunstancias particulares, pero siempre con

²⁷ *Ibid.*, p. 336.

referencia expresa o implícita a principios generales. A través de la intrincada red de detalles son discernibles los aspectos generales del caso. En la jurisprudencia anglo-norteamericana, por el contrario, el sentido de lo particular deja, con frecuencia, en la penumbra el sentido de lo general. La realidad jurídica última es el caso decidido, y el problema del jurista formado en el Derecho inglés es el de si un determinado precedente es aplicable al caso que tiene ante sí, o si hay en este último algo que le distinga de aquél. Esta preocupación por los casos ya decididos ha creado una cierta confusión e incertidumbre en el sistema jurídico, que ha sido notada y discutida con frecuencia.²⁸ El Derecho inglés es menos claro y sistemático que el romano. Es intrincado y oscuro. La fuerza de los abogados y jueces ingleses reside en su comprensión práctica de los problemas particulares, su habilidad en el manejo de las cuestiones con flexibilidad y sentido común, no en el arte de la coherencia sistemática, que es el don específico de las naciones latinas. Compárese, por ejemplo, un jardín francés o italiano con un parque inglés. En el jardín francés encontraremos una disposición sistemática y simétrica. Los senderos están trazados en línea recta, la mansión o *château* del centro es visible desde muchos puntos. Se

²⁸ John Austin dijo —acaso con alguna exageración— lo que sigue: “Al pasar del estudio del Derecho inglés al estudio del Derecho romano, se sale del imperio del caos y las tinieblas a un mundo que, en comparación con aquél, parece la región del orden y la luz.” (*Lectures on Jurisprudence*, 4a. ed., hecha por Campbell [1879], vol. I, p. 60.)

Eugen Ehrlich dice acerca del *Common Law*: “Es como una selva virgen tropical, donde el paseante que ha perdido un camino se encuentra amenazado por nuevas sorpresas y peligros en cada árbol que ve.” (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. Moll [1936], p. 295.)

ve claramente cuál era el plan del que dispuso el paisaje. Un jardín o parque inglés tiene, generalmente, el carácter opuesto: enteramente asistemático, los senderos llenos de curvas y no demasiado arreglados, la casa oculta de la vista. Tal parque deja la naturaleza mucho más inalterada que un jardín latino; y la naturaleza, como tal, es asistemática e incoherente.

Observaciones semejantes podemos hacer si comparamos, por ejemplo, la administración de los imperios latinos, como el antiguo romano, o los modernos francés o italiano, con la administración del imperio británico. Las naciones latinas tienen tendencia a administrar el imperio según principios fijos y uniformes, impuestos igualmente a todas sus partes. La administración de las colonias francesas ofrece un ejemplo excelente de esa política. Los británicos, por el contrario, no dan gran valor a la coherencia de principios en la administración de su imperio. Dan siempre mayor consideración a las condiciones particulares y adaptan enteramente sus reglas de administración a las necesidades específicas del tiempo y el lugar. Los principios con arreglo a los cuales rigen el imperio están mucho más diversificados, son más flexibles y adaptables que los principios que empleó en su administración el antiguo Imperio romano.

Estos ejemplos, que podían multiplicarse, pueden servir para ilustrar la afirmación de que las diferencias y características de los sistemas jurídicos romano e inglés pueden ser atribuidas a rasgos nacionales peculiares y profundamente arraigados. Sería equivocado, sin embargo, sobrestimar la importancia del factor nacional en la historia y desarrollo de un sistema jurídico. El factor nacional no explica por qué resucitó el Derecho romano mil años después de la decadencia del mundo romano y en medio de una

civilización totalmente distinta. Tampoco explica el factor nacional o racial el trasplante del Derecho civil alemán a países remotos como Turquía o el Japón. El "espíritu del pueblo", de Savigny, tiene indudablemente parte en la evolución de un sistema jurídico, pero si se trata de un gran sistema, tendrá cualidades que se elevarán por encima de las limitaciones de los rasgos nacionales y le darán un espíritu y valor práctico verdaderamente universales. La afirmación de que el Derecho triunfa y perece con un "alma racial" determinada²⁹ no es cierta. El "alma racial" puede ser un elemento de la evolución de un sistema jurídico determinado, pero hay otros elementos de naturaleza más general y universal. Encontramos, por ejemplo, que, a pesar de sus diferencias, los sistemas jurídicos romano e inglés han pasado, en muchos aspectos, por estadios similares.³⁰ Este hecho no puede explicarse si en la valoración del Derecho subrayamos indebidamente el factor etnológico o racial.³¹ Dondequiera que las civilizaciones surgen, se desarrollan y —finalmente— mueren, hay ciertas fuerzas que laboran en la misma dirección y sobre líneas paralelas. En el próximo capítulo estudiaremos esas fuerzas.

²⁹ Véase, *supra*, Sec. 44.

³⁰ Véase, Ehrlich, *op. cit.*, caps. XI y XII.

³¹ Un representante de la jurisprudencia etnológica que subrayó de modo especial las semejanzas del desarrollo jurídico de las naciones fue Albert Hermann Post (1839-1895). Véanse sus *Ursprung der Rechts* (1876) y *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 2 vols. (1894-1895).

XIII. DETERMINISMO CULTURAL

46. *Introducción*

LAS CULTURAS, como los individuos, están sujetas a la acción de ciertos procesos naturales. Nacen, se desarrollan, llegan a la madurez, envejecen y, finalmente, mueren. Este aserto no implica la aceptación de una filosofía determinista —fatalista y rígida—. Así como individualmente el hombre tiene el poder —dentro de ciertos límites impuestos por su fuerza, capacidad y personalidad— de modelar su vida conforme a sus opiniones e ideales, de enriquecerla por medio de su trabajo y su experiencia y de prolongarla viviendo de modo sano y razonable, los hombres, colectivamente, tienen el poder —dentro también de los límites determinados por el carácter y formas de su vida social— de construir una cultura conforme a sus ideales y de prolongar su existencia y duración mediante un uso racional de sus facultades cooperativas. Pero aunque puedan ser capaces de prolongar la vida de su cultura no tienen posibilidad de conservarla eternamente; también aquí es obvio el paralelo con el individuo. No hay nada descorazonador en la idea de que toda cultura tenga finalmente que decaer y morir. Así como el atardecer de un día puede ser tan bello como el amanecer —e incluso más—, el espectáculo de una cultura que va hacia su ocaso puede ser tan grande e incluso mayor que el de una cultura que asciende. El crepúsculo de la cultura romana en los días de Antonino Pío y Marco Aurelio fue una época de madurez y puede ser

comparada con la belleza de un día otoñal. Además, la muerte de una cultura no implica la extinción de su recuerdo. Así como las obras y hechos de un gran hombre sobreviven a su extinción física, los resultados de una gran cultura no serán nunca estériles. Nuestra cultura occidental se apoya en un grado considerable en los resultados de la cultura antigua. Nuestra cultura puede, en algún futuro remoto, servir de base e inspiración a los constructores de una nueva. No es cierto, como parece pensar Spengler, que la cultura sea un ciclo cerrado y que cada nueva cultura tenga que comenzar de nuevo desde el principio.

La institución del Derecho está profundamente afectada por el destino de la cultura en general. Sigue las curvas de su desarrollo y de su decadencia. La culminación de la cultura romana, lograda en la época de Augusto, fue, a la vez, un periodo de un Derecho altamente desarrollado. La decadencia de la cultura romana, patente desde el siglo III d.c., fue acompañada de una decadencia jurídica. Como el Derecho es uno de los instrumentos más importantes de la cultura, está profundamente afectado por sus crisis y perturbaciones.¹

Se han hecho múltiples tentativas de descubrir las leyes generales que determinan las relaciones entre el

¹ Platón, *Las Leyes*, ed. inglesa Bury, Libro IV, 708 c.: "Estaba a punto de decir que ningún hombre hace nunca leyes, sino que son las casualidades y accidentes de todas clases que ocurren en todas las formas, los que hacen todas nuestras leyes. Una vez es una guerra que revuelve la política y cambia las leyes; otra, la calamidad es debida a una miseria extremada. También las enfermedades fuerzan a veces a hacer innovaciones, debido a las incurciones de la pestilencia, y lo mismo las malas cosechas repetidas durante muchos años. Previendo todo esto, podría parecer propio decir que ningún mortal hace ninguna ley, sino que los asuntos humanos son cuestión de puro azar."

orden jurídico y el cultural. Algunas de estas tentativas se han desarrollado en el campo de la especulación metafísica: los hombres han buscado los principios últimos que operan más allá de la realidad. Otras, empleando el método positivista, han tratado de explicar las relaciones entre Derecho y cultura en términos de la observación empírica. En las secciones siguientes se estudiarán algunos de los esquemas filosóficos y sociológicos más importantes.

47. *Hegel*

Un ingenioso intento de descubrir la meta y el significado último de la vida individual y social fue realizado por el filósofo alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Hegel estaba de acuerdo con los filósofos del periodo jusnaturalista en que la razón era lo que gobernaba al mundo; pero para él no quería decir que la razón era el concepto absoluto e inmutable de la escuela del Derecho natural, sino que creía en la existencia de leyes eternas e inmutables. El portador de la razón no era, en el sistema hegeliano, el individuo abstracto, sino la *historia*. Hegel enseñó que la razón se revela de modo diferente en las distintas épocas de la historia y que su contenido cambia constantemente. Hegel veía en la historia "una corriente continua que eleva, en su avance, las individualidades únicas y que está modelando constantemente las estructuras individuales sobre la base de una ley siempre nueva".² La nueva idea que desarrolló —y que había de cobrar una importancia de gran alcance en la historia de la

² Troeltsch, "The Ideas of Natural Law and Humanity in World Politics"; Gierke, *Natural Law and the Theory of Society*, trad. Barker (1934), vol. I, apéndice I.

filosofía jurídica— era la idea de *evolución*. “Todas las varias manifestaciones de la vida social, incluyendo el Derecho —decía Hegel—, son producto de un proceso dinámico de evolución. Este proceso adopta una forma dialéctica: se revela mediante una sucesión de tesis, antítesis y síntesis. El espíritu humano establece una tesis, que se convierte en la idea rectora de una época determinada. Contra esa tesis se eleva una antítesis y de la lucha de ambas ideas resulta una síntesis que tiene elementos de las dos y las concilia en un plano más elevado. Este proceso se repite en la historia una y otra vez.”

¿Cuál es el significado y la meta final de este proceso dinámico? Según Hegel, la gran idea que hay tras el desfile abigarrado y a menudo sorprendente de la historia, es la realización de la *libertad*. “La historia —dice Hegel— no realiza esta idea de una vez y para siempre; la realización de la libertad es un proceso largo y complicado en el cual la actuación de la razón —presente en todo momento— no se puede discernir con facilidad; la ‘astucia de la razón’ consiste en poner a su servicio incluso las obras del mal. En este gran proceso evolutivo, cada nación ha tenido asignada una tarea histórica específica. Después de llevarla a cabo, esa nación pierde su significado histórico; el ‘espíritu universal’ ha trascendido de sus ideas e instituciones y el destino le obliga a pasar la antorcha a manos de otra nación más joven y vigorosa. Así, el ‘espíritu universal’ llega por pasos graduales a su aspiración primordial: la realización de la libertad. En las viejas monarquías orientales sólo una persona —el rey— era libre. En el mundo griego y romano sólo eran libres algunas personas, pero la mayoría de la población era esclava. Los pueblos germanos fueron los primeros en reconocer que todos los individuos eran libres.”

El Estado y el Derecho eran considerados por Hegel como los instrumentos más notables para esta autorrealización de la libertad. Pero Hegel no separaba el Derecho del Estado como habían hecho muchos de los filósofos jusnaturalistas; ambos estaban —para él— inseparablemente conexos. En opinión de Hegel, el Estado es “la realidad de la idea moral”³ y la encarnación de la razón; es la síntesis de la voluntad colectiva u “objetiva” y la voluntad individual o “subjética”. A su juicio, la libertad individual y el Derecho sólo pueden realizarse dentro del Estado. El Estado debe reconocer al individuo como una esfera libre, garantizándole la propiedad privada, la libertad contractual y el derecho a formar una familia.⁴ Pero el individuo ha de considerar como su más alto privilegio el ser miembro del Estado, al que servirá devotamente por propia y libre voluntad. Así, el Estado y sus ciudadanos deben perseguir un común ideal cultural que debería ser distinto según cuál sea la etapa alcanzada por el “espíritu universal”.

48. Maine

La nota evolutiva que caracteriza la filosofía del Derecho de Hegel forma también el núcleo de la teoría del gran pensador inglés, el jurista Sir Henry Summer Maine (1822-1888). El principio evolutivo que Maine veía realizado en la historia del Derecho era de naturaleza metafísica: el desarrollo de la idea de libertad. En este punto Maine coincidía con Hegel, y esa coin-

³ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2a. ed. (1833), ed. Gans, Sec. 257.

⁴ *Ibid.*, Secs. 260, 262.

cidencia en esta proposición central justifica el método —un tanto desusado— de tratar a ambos escritores en el mismo capítulo.

Acaso sea la mejor manera de exponer la tesis principal de la doctrina de la evolución jurídica de Maine citar un pasaje famoso del capítulo V de su clásico *Ancient Law*:

El movimiento de las sociedades progresivas ha sido uniforme en su aspecto; a lo largo de todo su curso se presenta una disolución gradual de la dependencia familiar, cuyo puesto lo ocupa la obligación individual, que se va desarrollando paralelamente a aquel proceso. La Familia —en cuanto unidad a la que toman en cuenta las leyes civiles— es sustituida por el Individuo. El avance se ha realizado con distinta celeridad y hay sociedades, no absolutamente estacionarias, en las cuales el colapso de la antigua organización sólo puede percibirse mediante un estudio cuidadoso de los fenómenos que presentan. Pero, cualquiera que sea su ritmo, el cambio no ha estado sujeto a reacción o retroceso y se encontrará que los aparentes retardos han sido ocasionados por la absorción de ideas y costumbres arcaicas, procedentes de fuentes totalmente extrañas. No es difícil ver cuál es el lazo entre hombre y hombre que reemplaza gradualmente aquellas formas de reciprocidad de derechos y deberes que tienen su origen en la Familia. Es el Contrato. Partiendo —como de un extremo de la historia— de una situación de la sociedad en la cual todas las relaciones de las personas se resumen en la relación de Familia, parece que hemos avanzado firmemente hacia una fase del orden social en la que todas las relaciones surgen del libre acuerdo de los Individuos.⁵

⁵ Maine, *Ancient Law* (1861), nueva ed. (1930), de Pollock, p. 180.

Así llegaba Maine a su conclusión —tan frecuentemente citada— de que “la trayectoria de las sociedades progresivas ha sido hasta ahora un movimiento del *status* al contrato”.⁶ El *status* es una condición fija en la que se encuentra el individuo sin que en ello intervenga su voluntad, y de la que no puede despojarse por su propio esfuerzo. Es indicador de un orden social en el que la unidad primaria de la vida social no es el individuo, sino la familia; todo individuo está engarzado en una red de lazos familiares y de grupo. Con el progreso de la civilización, esta situación cede gradualmente el puesto a un sistema social basado en el contrato. Este sistema se caracteriza por la libertad individual, en la que “los derechos, deberes y responsabilidades emanan de la acción voluntaria y son consecuencia del ejercicio de la voluntad humana”.⁷ En opinión de Maine, la madurez de una civilización se pone de manifiesto con la aparición del individuo libre, independiente y autodeterminado como unidad primaria de la vida social.

La doctrina general de la evolución sostenida por Maine no es, en modo alguno, su única contribución importante a la Ciencia del Derecho. Ha enriquecido nuestro conocimiento y comprensión de la historia jurídica en más de un aspecto. Es muy interesante, por ejemplo, su teoría de la secuencia de fenómenos en el desarrollo general del Derecho y la legislación. Sostenía que, en el periodo más antiguo, el Derecho era creado por los mandatos personales de los gobernantes patriarcales, a quienes los súbditos creían inspirados por divinidad. Siguió después un Derecho consue-

⁶ *Ibid.*, p. 182.

⁷ Pound, “The End of Law as Developed in Juristic Thought” (1917), *Harvard Law Review*, vol. XXX, pp. 201 ss. a 210.

tudinario, interpretado y aplicado por una aristocracia o pequeña clase privilegiada, que pretendía el monopolio del conocimiento jurídico. El tercer estadio lo marcaba la fijación por escrito de esas costumbres en códigos, como resultado de conflictos sociales (las XII Tablas en Roma). La cuarta etapa —según Maine— consiste en la modificación del Derecho arcaico estricto por la ficción, la equidad y la legislación; esos instrumentos están destinados a poner el Derecho en armonía con una sociedad progresiva. Finalmente, la jurisprudencia científica teje con todas estas formas de Derecho un todo coherente y sistemático. No todas las sociedades —decía Maine— logran pasar por todas estas etapas, y su desarrollo jurídico no muestra, en sus aspectos particulares, una línea uniforme. Maine quería meramente indicar ciertas tendencias y direcciones generales del desarrollo de la evolución del Derecho. La investigación moderna ha mostrado que, en conjunto, su intento de trazar las líneas fundamentales de una “historia natural” del Derecho es notablemente acertado.



49. *Spencer*

Empleando un método empírico y positivista, Herbert Spencer (1820-1903) llegó a resultados muy similares a los alcanzados por Hegel y Maine. Consideraba el Derecho y la civilización como productos de la evolución biológica, orgánica, con la lucha por la existencia y la supervivencia de los más aptos, como factores determinantes. La evolución se revelaba para él en la diferenciación, la individualización y la creciente división del trabajo. La civilización es un progreso gradual de la vida social que va de las formas más simples a las

más complejas, de la homogeneidad primitiva a la heterogeneidad final. Distinguía en el desarrollo de la civilización dos estadios principales: una forma primitiva o militar de la sociedad, con la guerra, la coacción y el *status* como instrumentos de regulación; y otra forma superior —forma industrial de la sociedad— donde la paz, la libertad y el contrato eran las características dominantes. Vemos aquí analogías con la doctrina de Maine. La segunda etapa —decía Spencer— está caracterizada por una declinación creciente de las funciones del gobierno en interés de la libertad individual. El gobierno limita gradualmente su campo de acción a hacer cumplir los contratos y a una garantía de protección mutua. Spencer rechazaba toda forma de legislación social y de regulación colectiva como interferencias injustificadas con la ley de selección natural que, en el estadio más desarrollado de la civilización, debería tener una influencia ilimitada. El criterio para juzgar el grado de perfección de la civilización era, para Spencer, el grado de libertad individual que aquella concedía a los seres humanos. Ese criterio de civilización era, a la vez, el que servía para medir la justicia y el Derecho. Su concepto de justicia estaba determinado por la idea de libertad; tiene una fuerte reminiscencia de la definición kantiana del Derecho. La fórmula que da Spencer de la justicia es ésta: "Todo hombre es libre de hacer lo que quiera, con tal de que no infrinja la libertad igual de ningún otro hombre."⁸ Esta "ley de igual libertad" expresa clara e inequívocamente un ideal de justicia adaptado a un periodo de individualismo y de *laissez-*

⁸ Spencer, *Justice* (1891), p. 46. Spencer afirma que no conocía las obras de Kant cuando formuló su concepto de justicia, Apéndice A, p. 263.

faire Corolario de este concepto de Derecho son una serie de denominaciones particulares de libertad, que Spencer llama "derechos". Entre ellos figuran el derecho a la integridad física, el de libre circulación, el derecho a utilizar los medios naturales (luz y aire), el derecho de propiedad, el de libre cambio y libre contratación, la libertad religiosa, la de palabra y la de prensa. Es interesante notar que el fuerte individualismo de Spencer le lleva a rechazar la atribución del carácter de "derechos" a los postulados socialistas del "derecho al trabajo" y un "derecho de los pobres a la asistencia pública".⁹ Incluso se mostraba remiso al reconocimiento de un "derecho" de todos los ciudadanos al sufragio. "Con una distribución universal de votos —decía— la clase mayor se beneficiará a expensas de la menor."¹⁰ Por ello, consideraba que la mejor constitución de una sociedad industrial era aquella en que no hubiera una representación de individuos, sino una representación de intereses. Su celo por la libertad le hacía temer las consecuencias de un dominio de la mayoría.

50. *El Derecho como instrumento de la evolución cultural*

Hegel, Maine y Spencer tienen una idea en común: la de que una civilización progresiva va acompañada de un desarrollo de la libertad política. En sus sistemas filosóficos, progreso y libertad están íntimamente aliados, aunque no coincidían sus opiniones acerca del contenido de esa libertad ni respecto a los modos de garantizarla. Los tres están convencidos de que el

⁹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰ *Ibid.*, p. 192.

Derecho es producto de la evolución cultural y comparte las fluctuaciones generales a que están sujetas las civilizaciones humanas. Siendo un producto de la evolución cultural, el Derecho, en su desarrollo progresivo, es, para ellos, un instrumento importante para fomentar la libertad.

Hay mucho que decir en apoyo de esta opinión. En primer lugar, es indudablemente cierto que el Derecho es un producto de la evolución cultural y participa de la fluctuación general de las civilizaciones humanas. Casi todos los varios factores que operan en el moldeamiento de las civilizaciones afectan generalmente al Derecho en un grado más o menos importante. En los capítulos anteriores se han bosquejado algunos de esos factores, sin pretender, en modo alguno, hacer un estudio completo de ellos. La historia jurídica de un pueblo puede ser considerada en una serie de aspectos y hay que subrayar que debe abandonarse todo intento de hacerla derivar de la influencia de un solo factor.

En segundo lugar, como hemos tratado de demostrar en la primera parte de este libro, hay una íntima relación entre Derecho y libertad. Sin reconocer —en algún grado— los derechos individuales, no puede haber Derecho en el verdadero sentido de la palabra. Como el progreso de la cultura, en uno de los aspectos más importantes, consiste en una lucha de los diferentes grupos, clases y estratos de la sociedad, que tratan de emanciparse y lograr su parte de libertad, tal progreso va necesariamente acompañado del crecimiento y desarrollo del Derecho. Una cultura progresiva se distingue por una evolución que va de la sujeción a la libertad del *status* al contrato, del poder al Derecho. Una cultura retrógrada se caracteriza por el proceso inverso.

Sería una tarea interesante y fecunda para un historiador del Derecho escribir la historia del Derecho romano con esta orientación general. Al comienzo de la historia jurídica romana se encuentra el *pater familias* como factor básico de orden social. A finales de la historia de Roma nos encontramos con el poder despótico del emperador que gobierna sobre un imperio universal. Entre ambos extremos se extiende el proceso de desarrollo del Derecho romano.

Este desarrollo presenta muchas semejanzas con el del *Common Law*.¹¹ En ambos sistemas jurídicos las normas rígidas y formales fueron gradualmente mitigadas mediante un sistema de jurisprudencia de equidad.¹² Tanto el Derecho romano como el inglés se elevaron desde un cuerpo de reglas relativamente pequeño a un sistema altamente evolucionado y complicado. En ambos casos las dificultades que surgieron de la complejidad del orden jurídico produjeron el desarrollo del Derecho administrativo, basado en la conveniencia. En el Derecho matrimonial de ambos sistemas, la mujer logró gradualmente emanciparse del fuerte control personal y económico del marido.¹³ El Derecho romano, como el inglés, en el curso de su desarrollo, mitigó y mejoró la posición jurídica de las personas y grupo social y económicamente débiles, tales como esclavos, siervos, deudores en general y deudores hipotecarios empobrecidos.¹⁴ Estos ejem-

¹¹ Albertsworth da algunos ejemplos interesantes en "Is There a Legal Cycle?" (1923), *California Law Review*, vol. XI, pp. 381 ss.

¹² Véase Buckland, *Equity in Roman Law* (1911).

¹³ Cf. *supra*, Sec. 21.

¹⁴ Sobre la evolución del Derecho romano en este aspecto, véase Pfaff, *Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung* (1897). Jhering calificó esta simpatía del Derecho postrero romano hacia el deudor

plos, que podrían multiplicarse, parecen sugerir que hay ciclos recurrentes en el desarrollo de todos los grandes sistemas jurídicos y que, a pesar de muchas diferencias fundamentales, es probable que esos sistemas pasen, en algunos aspectos, por estadios evolutivos similares.

Parte sustantiva del Derecho



Aquellas normas que tienen el contenido social que se quiere proteger

Parte Adjetiva del Derecho

en cómo se lleva a cabo las prorrogas, con que herramientas, sanciones, etc

de "signo de una época débil" (*La lucha por el Derecho*, ed. inglesa Lalor [1879], p. 112).

CUARTA PARTE
EL POSITIVISMO
EN LA CIENCIA DEL DERECHO

XIV. EL POSITIVISMO ANALÍTICO

51. ¿Qué es el positivismo?

EL MATEMÁTICO y filósofo francés Auguste Comte, al que se puede considerar como fundador del positivismo moderno, distinguía tres grandes etapas o "estados" en la evolución de la humanidad. Hay un primer estado teológico, en el cual todos los fenómenos son explicados por referencia a causas sobrenaturales y a la intervención de seres divinos. El segundo es el estado metafísico, en el cual el pensamiento recurre a principios e ideas que son concebidos como existentes más allá de la superficie de las cosas y como constitutivos de las fuerzas reales que actúan en la evolución de la humanidad. Los estados tercero y último es el positivo, que rechaza todas las construcciones hipotéticas en filosofía, historia y ciencia y se limita a la observación empírica y la conexión de los hechos, siguiendo los métodos utilizados en las ciencias naturales.¹

Esta célebre "ley de los tres estados", aunque criticable como interpretación general de la evolución humana, es útil para poner de manifiesto el desarrollo del pensamiento humano desde comienzos de la Edad Media hasta mediados del siglo XIX. Por lo que se refiere al campo de la filosofía jurídica, hemos visto que la interpretación del Derecho de la Edad Media,

¹ Comte, *Cours de Philosophie positive*, trad. inglesa resumida de Martineau, "The Positive Philosophy" (1875), vol. I, p. 2.

estaba fuertemente determinada por consideraciones teológicas; ponía el Derecho en conexión íntima con la revelación divina y la voluntad de Dios.²

El periodo que va desde el Renacimiento hasta aproximadamente mediados del siglo XIX puede ser calificado de periodo metafísico de la filosofía jurídica. La doctrina clásica del Derecho natural, lo mismo que las filosofías históricas del Derecho sostenidas por Savigny, Hegel y Marx se caracterizan por un fuerte elemento metafísico. Esas teorías trataron de explicar la naturaleza y el significado del Derecho por referencia a ciertos principios últimos, concebidos como operantes más allá de la superficie empírica de las cosas. Ni la "razón eterna" de los filósofos jusnaturalistas, ni el "espíritu del pueblo" y las "fuerzas que operan silenciosamente" de Savigny, ni el "espíritu universal" de Hegel, que hace pasar la antorcha de la evolución de una nación a otra; ni la "desaparición del Estado" en la sociedad comunista de Marx, pueden ser juzgados y medidos en términos del mundo empírico. Todas esas construcciones son metafísicas porque van más allá de la apariencia física de las cosas y parten del supuesto de fuerzas invisibles y causas últimas que hay que buscar más allá de los hechos de la realidad.³

² Véase, *supra*, Sec. 22.

³ He aquí algunas buenas definiciones de metafísica:

"La metafísica es el estudio sistemático de los problemas fundamentales que se refieren a la naturaleza última de la realidad y del conocimiento humano." (*Encyclopaedia Britannica*, 14a. ed., vol. 15, p. 332.)

"Se denomina metafísica toda investigación que pretende ir más allá de la esfera de lo empírico y busca las esencias ocultas tras las apariencias de los fenómenos, o bien las causas finales y eficientes tras de las cosas." (Ruggiero, "Positivism", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 12, p. 260.)

"La concepción metafísica del mundo contempla el todo (la

A mediados del siglo XIX se produce un fuerte movimiento contrario a las tendencias metafísicas de los siglos precedentes. Puede llamarse a este movimiento —usando un término vago, pero comprensivo— “positivismo”. El positivismo, como actitud científica, rechaza las especulaciones apriorísticas y metafísicas y se confina en los datos de la experiencia. Se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos de la realidad. Se niega a ir más allá de los fenómenos, de la apariencia de las cosas. La base de tal concepción la había preparado el éxito inmenso logrado en el dominio de las ciencias naturales durante la primera mitad del siglo XIX. Este éxito produjo una fuerte tentación de aplicar al campo de las ciencias sociales los métodos empleados en la ciencias naturales. Uno de los principales métodos empleados en las ciencias naturales era una observación cuidadosa de los hechos empíricos y los datos perceptibles por los sentidos. Se esperaba que este método, empleado en las ciencias sociales, produjera resultados análogos, siendo igualmente fructífero y valioso.

Pero por otro lado, la ciencia natural no se detiene en la reunión y observación de los hechos; se ocupa también de la conexión e interrelación de los hechos, infiriendo de los fenómenos ciertas leyes causales que ligán un fenómeno o grupo de hechos con otro fenómeno o grupo de hechos. También adoptaron los positivistas este método y lo aplicaron a la esfera de las ciencias sociales. Al hacerlo así, daban por senta-

totalidad) y lo absoluto (la realidad última).” (*Jaspers, Psychologie der Weltanschauungen* [1925], p. 184.)

“La metafísica es una investigación filosófica que va más allá del mundo existente para reconquistarlo como un todo para nuestra comprensión.” (Heidegger, *Was ist Metaphysik?* [1929], p. 24. [Trad. española, Z. Zubiri, en *Cruz y Raya*, reimpr., México, 1942.])

da la absoluta supremacía de la ley de causalidad en el dominio de la conducta social humana. Trataron de aplicar esta ley a la cadena de acontecimientos históricos y de sentar en forma descriptiva ciertas leyes y principios generales —derivados de la observación estrictamente empírica— que se creían operantes en el dominio de la acción social humana. Hasta qué punto ha tenido éxito este intento es problema que queda fuera del objeto de esta investigación.

El positivismo invadió todas las ramas de la ciencias social, incluyendo la jurídica. En el campo de la teoría jurídica asumió varias formas que pueden ser clasificadas, en términos generales, en dos grupos: positivismo analítico y positivismo sociológico. Común a ambas formas de positivismo es la tendencia a eliminar de la teoría del Derecho la especulación metafísica y filosófica y a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico. La jurisprudencia analítica se ocupa del análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe el Derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del soberano. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco total del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la Ciencia del Derecho. El positivismo sociológico, de otro lado, emprende la tarea de investigar y describir las varias fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del Derecho. Analiza no las reglas jurídicas en cuanto tales, sino los factores que las producen. Comparte con el positivismo analítico una actitud puramente empírica respecto al Derecho. Considera únicamente las reglas positivas que han producido los poderes que en la sociedad crean el Derecho, investi-

gando su origen sociológico. Entra dentro de la definición del positivismo jurídico que ha dado el jurista húngaro Julius Moór:

El positivismo jurídico es una concepción con arreglo a la cual el Derecho es producido, en un proceso histórico, por el poder gobernante en la sociedad. En esta concepción es Derecho sólo aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que éste mande es Derecho por virtud del hecho mismo que lo manda.⁴

El hecho de que el positivismo sociológico no se ocupe de los mandatos del gobernante en cuanto tales, sino de las influencias que determinan el contenido de los mismos, no le priva de su carácter positivista.

En este capítulo se estudian la significación y desarrollo del positivismo analítico. El siguiente se dedicará a las varias formas —francas y embozadas— de positivismo sociológico.⁵

52. Bentham y Jhering

Antes de entrar en el estudio de la escuela analítica del Derecho, es necesario dedicar nuestra atención a

⁴ Moór, "Das problem des Naturrechts" (1935), *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 28, p. 331.

⁵ Podría reconocerse una tercera categoría de positivismo jurídico, a saber: el positivismo histórico. Puede caracterizarse a este último como estudio puramente descriptivo de la historia del Derecho. Es una colección de hechos relativos a sistemas jurídicos antiguos o al desarrollo de alguna norma jurídica particular, sin referencia a un patrón superior de valor, por el cual pueda medirse la mayor o menor significación del objeto del estudio. Este método estuvo muy en boga a fines del siglo XIX y comienzos del XX, especialmente en Alemania, bajo la influencia de la escuela histórica.

dos importantes pensadores que pueden ser considerados, en sus respectivos países, como precursores del positivismo jurídico. Son el reformador y el filósofo del Derecho Jeremy Bentham (1784-1832) en Inglaterra y el jurista Rudolf von Jhering (1818-1892) en Alemania.

La filosofía de Bentham puede calificarse de utilitarismo individualista. La naturaleza —afirmaba— ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos: el dolor y el placer. El bien o el mal de una acción debe medirse únicamente por la cantidad de placer o dolor que de ella resulta. La varilla medidora de Bentham es el principio de utilidad, por medio del cual trata de juzgar cualquier acción humana. Define el principio de utilidad como “aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que parezca tener a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está envuelto en aquella acción”.⁶ Este principio debe ser la guía de la legislación. Postula que la felicidad del pueblo debe ser la aspiración suprema del legislador. Bentham dice: “La medida de lo justo y de lo injusto es la mayor felicidad del mayor número.”⁷ Para realizar esta aspiración, el legislador debe tener en cuenta que el interés de la comunidad no es otra cosa sino la suma de los intereses de los miembros que la componen. Si son felices individualmente, todo el cuerpo político gozará de felicidad y prosperidad. El legislador que desee asegurar la felicidad de la comunidad debe luchar por conseguir la subsistencia, la abundancia, la

⁶ Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nueva ed. (1823), p. 2.

⁷ Bentham, *A Fragment on Government*, ed. Montague (1891), p. 93.

igualdad y la seguridad de los ciudadanos. "Todas las funciones del Derecho —dice Bentham— pueden ser referidas a uno de esos cuatro encabezamientos: proveer a la subsistencia, aspirar a la abundancia, fomentar la igualdad y mantener la seguridad."⁸ De estos cuatro objetivos de la regulación jurídica, el principal y fundamental es la seguridad. La seguridad pide que la persona, el honor, la propiedad y el *status* de un hombre queden protegidos por el Derecho y que sean castigados como delitos todos los actos lesivos para esa seguridad. Después de la seguridad, el legislador debe buscar la igualdad. En opinión de Bentham, la igualdad no significa igualdad de situación, sino meramente igualdad de oportunidad. Piensa en la igualdad del *laissez-faire*, que permite a cada individuo buscar sus propios placeres y vivir su propia vida.⁹ Bentham no puso nunca en tela de juicio la deseabilidad del individualismo económico y la propiedad privada. "Un Estado —decía— no puede hacerse rico sino

⁸ *Bentham's Theory of Legislation*, trad. de la ed. francesa de Dumont por Atkinson (1914), vol. I, p. 123.

⁹ La insistencia en el *laissez-faire* se hace muy clara en la teoría política y jurídica del discípulo más destacado de Bentham, John Stuart Mill (1806-1873).

Véanse sus libros *On Liberty* (1859) [trad. española, *La libertad*] y *Utilitarianism* (1863). La tesis principal del primero de estos libros se puede encontrar en las frases siguientes: "El único fin que autoriza a los hombres para interferir, individual o colectivamente, con la libertad de acción de cualquier semejante es la propia protección. El único fin para el que puede ejercerse rectamente el poder sobre algún miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para impedir que haga daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es garantía suficiente. No puede obligársele o impedírsele justamente que haga algo 'porque será mejor para él hacerlo así', 'porque le hará más feliz', o porque, en opinión de otros, sea prudente, o incluso justo, hacerlo de ese modo." (Mill, *On Liberty*, p. 23.)

manteniendo un respeto inviolable por los derechos de propiedad."¹⁰

Sin embargo, y a pesar de su preferencia por el individualismo económico, hay un lazo definido entre la teoría de la legislación de Bentham y las teorías de los socialistas modernos. Esta conexión la demostró claramente A. V. Dicey. Sostuvo este autor, de modo convincente, que el principio de la máxima felicidad puede ser adoptado tanto por los defensores del gobierno paternal como por los creyentes en la libertad individual.¹¹ No deja de ser significativo que, en opinión de Bentham, el objetivo principal de la regulación jurídica no sea la libertad, sino la utilidad y la seguridad.¹² Bentham rechaza los derechos naturales y no reconoce limitación alguna a la soberanía parlamentaria. Su teoría de la legislación abre, por tanto, la puerta a la intervención estatal y la reforma social y ciertas disposiciones legislativas que fueron defendidas por Bentham, o sus discípulos —como la Ley de Pobres de 1834, la creación en 1829 de una policía eficaz en Londres, el establecimiento de autoridades encargadas de fomentar la salud pública y otras medidas— fueron los primeros pasos en esa dirección.¹³

Jhering concordaba con Bentham en rechazar el Derecho natural. En su pensamiento realista, el Derecho aparecía como "la política de la fuerza".¹⁴ El Derecho sin fuerza —decía— es un nombre vacío, por-

¹⁰ *Bentham's Theory of Legislation*, vol. I, p. 154.

¹¹ Dicey, *Law and Public Opinion* (1926), p. 303.

¹² "La libertad, que es una rama de la seguridad, debe ceder ante consideraciones de seguridad personal, puesto que no es posible hacer leyes sino a expensas de la libertad." (*Bentham's Theory of Legislation*, vol. I, p. 127.)

¹³ Dicey, *op. cit.*, pp. 184 ss., 307.

¹⁴ Jhering, *El fin en el Derecho*, trad. inglesa Husik, *Law as a Means to an End* (1913), p. 187.

que es la fuerza la que realiza las normas jurídicas y la que funda el orden y organiza el Derecho.¹⁵ El Estado es el portador de la fuerza coactiva organizada y disciplinada. Es la institución que tiene el monopolio absoluto del derecho a obligar. Para Jhering el Derecho y el Estado se encuentran inseparablemente conexos. El Derecho es la suma total de principios con arreglo a los cuales funciona el Estado como disciplina de coacción. Según él, sólo merecen el nombre de jurídicas aquellas normas que tienen tras sí la coacción estatal; en otras palabras, para Jhering, el Estado es la única fuente de Derecho. Una norma legal sin coacción es "un fuego que no llamea, una luz que no brilla".¹⁶ Las reglas del Derecho internacional en las que falta el elemento coactivo son, para Jhering, formas incompletas de Derecho.

Pero, en opinión de Jhering, no todos los imperativos de la fuerza del Estado son normas jurídicas. Hay que hacer una distinción entre imperativos concretos y abstractos; sólo los últimos deben ser calificados de normas jurídicas.¹⁷ Los mandatos particulares no son normas jurídicas: el concepto de Derecho implica un elemento de generalidad, uniformidad e igualdad. Jhering no llegó a adoptar la posición extrema de los positivistas posteriores que no hacen ya distinciones entre las normas generales y las órdenes particulares, borrando así la diferencia entre un gobierno con arreglo a Derecho y una autoridad despótica. Tampoco le parece suficiente a Jhering conformarse, al analizar el Derecho, con decir —como han hecho algunos positivistas posteriores— que el Derecho es una norma

¹⁵ *Ibid.*, p. 190.

¹⁶ *Ibid.*, p. 241.

¹⁷ *Ibid.*, p. 253.

coactiva externa. El elemento de coacción —dice— caracteriza únicamente la *forma* del Derecho. Pero al teórico del Derecho le importan también los contenidos de éste. Esos contenidos están determinados por la finalidad de la norma. El fin es el creador del Derecho. Éste es establecido conscientemente por la mente humana, para lograr ciertos resultados queridos. Tiene parte de sus raíces en la historia; pero —decía Jhering— la escuela histórica se equivocaba al afirmar que el Derecho no es otra cosa sino un producto de fuerzas involuntarias, inconscientes, puramente históricas.¹⁸ En su opinión, el Derecho es, en gran parte, una acción del poder estatal, dirigida intencionalmente a cierto fin. El fin o propósito de la regulación jurídica es la seguridad de las condiciones de la vida social. Es un reajuste de los intereses individuales a los propósitos sociales del Estado, según el principio de utilidad social. El Derecho tiene que aspirar a producir un equilibrio entre el individuo y el principio social. Así Jhering llegó finalmente a una definición del Derecho que combina los elementos formales y sustantivos de su teoría: "El Derecho es la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por el poder del Estado, mediante la coacción externa."¹⁹

Es evidente que Bentham y Jhering, a pesar de divergencias considerables en numerosos aspectos, tienen mucho en común por lo que hace a su método general de enfocar el Derecho. Ambos eran enemigos de la jurisprudencia jusnaturalista y metafísico-histórica, aunque Jhering estimaba el valor de la historia en mucho más que Bentham, que tenía un desprecio

¹⁸ Jhering, *La lucha por el Derecho*, trad. inglesa Lalor (1879), pp. 8 y 9. [Hay trad. española de Adolfo Posada.]

¹⁹ Jhering, *El fin en el Derecho*, ed. inglesa, p. 380.

extravagante por el pasado. Ambos creían que el derecho era, por naturaleza, un mandato del Estado, punto de vista que fue llevado posteriormente a sus consecuencias más extremas por la escuela analítica. Ambos consideraban la seguridad de las condiciones de vida social como una aspiración fundamental del Derecho. Ambos reconocían el valor de una ciencia jurídica positivista y técnica. Jhering, por ejemplo, editó en Alemania los Anuarios de Dogmática del Derecho Civil (*Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*), que se componían principalmente de contribuciones a la jurisprudencia analítica. Pero Bentham y Jhering estaban separados de la jurisprudencia analítica propiamente dicha por su firme convicción de que el Derecho no puede existir en completo aislamiento y que debe siempre ser puesto en relación con alguna finalidad o propósito más elevado. No creían en el valor de una separación teórica completa entre Derecho y ética, como les ocurrió luego a la mayor parte de los juristas analíticos. Para aquéllos había un principio superior por el que debían medirse las normas jurídicas: el principio de utilidad. En el sistema de Bentham el principio de utilidad tomó un aspecto individualista: "la mayor felicidad para el mayor número" era la aspiración del Derecho. Aunque no le faltaban fuertes características individualistas, el utilitarismo de Jhering tenía también una tendencia social; para él la sociedad no era sólo una suma de individuos, sino una unión de personas que se han combinado para la prosecución de una finalidad cultural común. Todo miembro de la sociedad que obra para las finalidades de la sociedad —decía— actúa a la vez para sí, y al obrar para sí actúa para los demás. El fin del Derecho es para él —como hemos visto— lograr un equilibrio entre el principio individual y el social.

Tanto Bentham como Jhering estaban convencidos de que la finalidad del Derecho podía lograrse por el esfuerzo consciente de la humanidad o de una nación cualquiera. Ambos creían en la eficacia de la legislación. Si la "finalidad" es la creadora del Derecho (Jhering), el mejor medio de asegurar un sistema jurídico conforme a las demandas de la época sería una formulación finalista de normas, hecha en forma de ley. Y Bentham insistía aún más que Jhering en una completa codificación del Derecho. Esperaba que tal codificación lograría una formulación completa y lógicamente congruente de todo el cuerpo del Derecho y contribuiría así a la certeza jurídica y a una aplicación rápida y mecánica por parte del poder judicial de las normas promulgadas en forma de ley. Los esfuerzos de Bentham en pro de un Derecho codificado tuvieron éxito —parcialmente—. El año de su muerte —1832— se llevaron a la práctica algunas de sus propuestas, en las reformas legislativas entonces realizadas en Inglaterra. En Alemania se promulgó un código civil cuatro años después de la muerte de Jhering. Aunque éste no tuvo una influencia decisiva en su creación, su actitud general respecto al Derecho y su insistencia en la "finalidad" como fuerza motivadora del Derecho, habían preparado el terreno para un esfuerzo legislativo de esta especie.

53. *La escuela analítica*

El fundador de la escuela analítica en Inglaterra fue John Austin (1790-1859). Como Bentham, mantuvo una filosofía utilitarista de la vida. El principio de utilidad le parecía la prueba decisiva del Derecho. Se ha sostenido que el principio de utilidad es un princi-

pio ético y que, como el método analítico en la ciencia del Derecho defendido por Austin rechaza la infusión de la ética en el Derecho. Austin no mantuvo una coherencia lógica en su método de enfocar los problemas jurídicos.²⁰ El reproche es injustificado. En contraste con Bentham, Austin trazó una línea tajante entre la Ciencia del Derecho y la Ciencia de la ética. Consideraba la primera como la teoría autónoma e independiente del Derecho positivo. "La Ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad."²¹ De otro lado, la Ciencia de la legislación, que para él era una rama de la ética, tenía como función determinar el patrón con arreglo al cual había de medirse el Derecho positivo y los principios en los que debería basarse para merecer aprobación. Esta separación de la teoría del Derecho y la ética por la que propugnaba Austin, es una de las características de la jurisprudencia analítica. Según esta actitud, el jurista se ocupa meramente del Derecho tal como es; sólo el legislador o el filósofo interesado en problemas éticos debe preocuparse por el Derecho que debe ser. El Derecho positivo, en opinión del jurista analítico, es cosa por completo distinta del Derecho justo o ideal.

Según la teoría de Austin, el Derecho positivo es un mandato del soberano. "Todo Derecho positivo, o simplemente todo Derecho en sentido estricto, es establecido por una persona o cuerpo soberano, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente donde aquella persona o cuerpo es sobera-

²⁰ Cf. Bryce, "The Methods of Legal Science", *Studies in History and Jurisprudence* (1901), p. 612.

²¹ Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 4a. ed. (1879), ed. Campbell, vol. I, p. 176.

no o supremo.”²² El elemento imperativo en el Derecho es considerado por Austin como su característica más significativa. Las leyes propiamente como tales son mandato. Pero, como Jhering, Austin creía que no todos los mandatos son leyes. Un mandato ocasional o particular no es ley; este término se aplica sólo a aquellos mandatos que son obligatorios para la generalidad o al menos para toda una clase de personas.²³ No es necesario que el mandato legislativo proceda directamente del poder soberano del Estado —por ejemplo, en Inglaterra, del Parlamento—. Puede proceder de otros órganos en los que el soberano haya delegado la autoridad legislativa. El Derecho creado por el juez es, en opinión de Austin, verdadero Derecho positivo. Las normas que el juez crea derivan de su fuerza legal de la autoridad dada por el Estado. El Estado puede haber conferido tal autoridad de modo expreso, pero generalmente la da en forma tácita.²⁴ Los mandatos formulados por el juez, en uso de la autoridad que le ha sido delegada, llenan el requisito esencial del Derecho positivo según la teoría austiniana, a saber, ser establecidos por un superior político para guía de sus inferiores políticos. Este requisito no lo llena, en cambio, esa rama jurídica que se denomina Derecho internacional. Fiel a sus premisas, Austin niega, en consecuencia, el carácter jurídico de las reglas y principios del Derecho internacional. En su opinión, se trata meramente de reglas de “moralidad positiva”.²⁵ Como puede verse fácilmente, el concepto del Derecho de Austin connota términos como “man-

²² *Ibid.*, p. 225. Véase también, *supra*, Secs. 12 y 14.

²³ *Ibid.*, p. 98.

²⁴ *Ibid.*, p. 104.

²⁵ *Ibid.*, p. 188.

dato", "superioridad", "soberanía", "sujeción", etc. Según esta teoría las normas establecidas por iguales para la regulación de su conducta mutua, y que no son susceptibles de que las haga aplicar una autoridad superior, no son normas jurídicas en el sentido estricto de la palabra.

Tales son los fundamentos básicos de la doctrina de Austin.²⁶ Aunque su teoría permaneció casi ignorada durante la vida de aquél, alcanzó después una gran influencia en la Ciencia del Derecho inglesa. Los conocidos tratados de teoría jurídica de Thomas Erskine Holland,²⁷ William Markby,²⁸ Sheldon Amos²⁹ y John Salmond,³⁰ se basan en el método analítico que

²⁶ Holmes da un breve y excelente resumen de la doctrina de Austin. Dice: "Según Austin, el Derecho propiamente dicho se define como un mandato de un superior político determinado —o soberano— que obliga a los jurídicamente inferiores —o súbditos— a actos de sumisión, mediante la imposición de una pena, caso de desobediencia, y todos los mandatos del soberano que tienen esa finalidad son leyes." Holmes, *Book Notices and Uncollected Letters and Papers* (1936), p. 22.

²⁷ Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed. (1924). Define el Derecho como "una regla general de acción humana que conoce sólo los actos externos, impuesta por una autoridad determinada, cuya autoridad es humana y la más preeminente entre todas las autoridades humanas en una sociedad política" (p. 41). Más brevemente: "El Derecho es una regla general de acción humana externa, regla cuyo cumplimiento impone una autoridad política soberana" (p. 42).

²⁸ Markby, *Elements of Law*, 6a. ed. (1905). Define el Derecho como "el cuerpo general de reglas dirigidas por los gobernantes de una sociedad política a los miembros de la misma, y generalmente obedecidas" (p. 3).

²⁹ Amos, *The Science of Law* (1874).

³⁰ Salmond, *Jurisprudence*, 9a. ed. (1937), ed. por Parker. Salmond define el Derecho como "el cuerpo de principios reconocidos y aplicados por el Estado en la administración de justicia" (p. 49). Hace, sin embargo, algunas concesiones a la jurisprudencia filosófica e histórica.

defendió Austin. También en otros países ha conseguido muchos adeptos la jurisprudencia analítica, muchas veces con entera independencia del influjo de Austin. En Alemania la escuela analítica estuvo representada por Bergbohm³¹ y Bierling,³² en Hungría, Felix Somló ha hecho importantes contribuciones a la escuela.³³ Korkunov³⁴ y Petrazhitskii³⁵ defendieron en Rusia el positivismo jurídico. Desde la promulgación, en 1804, del Código de Napoleón, la Ciencia del Derecho francesa tomó un aspecto más o menos analítico. Más recientemente Lévy-Ullman³⁶ y Roguin³⁷ han postulado una actitud analítica respecto al Derecho. En los Estados Unidos pueden ser clasificados como juristas analíticos Gray,³⁸ Hohfeld³⁹ y Kocourek.⁴⁰

Es común a todos los representantes de la escuela analítica el hecho de concentrar sus investigaciones en el Derecho positivo de su época. Consideran el

³¹ Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).

³² Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 vols. (1894-1917).

³³ Somló, *Juristische Grundlehre* (1917). Acerca de Somló véase Pound, "The Progress of the Law: Analytical Jurisprudence" (1927), *Harvard Law Review*, vol. 41, p. 176.

³⁴ Korkunov, *General Theory of Law*, trad. inglesa Hastings, 2a. ed. (1922).

³⁵ Véase Babb, "Petrazhitskii" (1937), *Boston University Law Review*, vol. 17, pp. 793 ss.

³⁶ Lévy-Ullman, *La Définition du Droit* (1917). Sobre Lévy-Ullman, véase Pound, *op. cit.*, p. 174.

³⁷ Roguin, *La Science juridique pure* (1923).

³⁸ Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. ed. (1921). En opinión de Gray, "el Derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres se compone de las normas que los tribunales, es decir, los órganos judiciales de ese cuerpo, establecen para la determinación de los derechos y deberes jurídicos" (p. 84).

³⁹ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923).

⁴⁰ Kocourek, *Jural Relations* (1927).

Derecho no como una revelación de la voluntad divina o un producto de fuerzas metafísicas superiores que gobiernan el destino del hombre, sino exclusivamente como producto de la acción humana consciente. El Derecho es, a su juicio, un decreto del supremo poder social dentro de una sociedad dada. Como en la actualidad el poder social supremo es, en todos los países civilizados, idéntico al Estado, los juristas analíticos consideran primordialmente al Derecho como un mandato del Estado. Para ellos un sistema jurídico es un cuerpo de normas o reglas que son establecidas, reconocidas y en último término aplicadas coactivamente por el Estado. Los juristas de la escuela analítica no se ocupan de los procesos históricos o sociológicos que ejercen una influencia determinante en la formación de la voluntad legisladora del detentador del poder. Consideran el Derecho como un producto acabado que constituye el resultado del ejercicio de la voluntad soberana. Lo que el detentador del poder supremo haya decretado como Derecho es Derecho válido en virtud de ese decreto y sin tener en cuenta cuál sea su contenido sustantivo.

Así, la jurisprudencia analítica toma como punto de partida un orden jurídico dado y se entrega a la tarea de analizarlo en interés de la claridad y consistencia lógica y sistemática. En primer lugar formula definiciones de los términos generales que son indispensables para comprender los entresijos y complicaciones del Derecho. Fija, por ejemplo, el significado de conceptos tales como derecho subjetivo, deber, obligación, daño, lesión, reparación. Explica en segundo lugar las distinciones entre las varias clases de derechos, deberes, obligaciones, daños y lesiones; marca también la diferencia entre Derecho escrito y no escrito, entre Derecho legislativo y Derecho creado por

el juez; entre las varias clases de acciones, etc. Los juristas de la escuela analítica dan un gran valor a la clasificación: "Se ha dicho con razón que quien pudiera clasificar perfectamente el Derecho tendría un conocimiento perfecto del Derecho" —escribe un representante norteamericano de la escuela.⁴¹ Al clasificar y ordenar los conceptos y términos de Derecho, el jurista analítico no necesita limitarse al sistema jurídico de su propio país. Puede comparar las nociones y distinciones de ese sistema con las de otros sistemas jurídicos desarrollados, con objeto de descubrir las normas elementales y los principios comunes a todos los sistemas jurídicos.⁴² El método que emplea el jurista de la escuela analítica en su estudio comparativo de los conceptos jurídicos es estrictamente empírico. Sus generalizaciones se basan enteramente en un análisis de las normas y materias reales que encuentra en el sistema jurídico positivo que investiga.

La lógica es un importante instrumento metodológico para el jurista de la escuela analítica. Valora éste en mucho la abstracción y la deducción lógica de la Ciencia del Derecho. Pero la mayor parte de los juristas de la escuela consideran muy importante el uso de la lógica, no sólo para el teórico del Derecho, sino también para el profesional que se dedica a su práctica, especialmente para el juez. Creen que el juez debe llegar a tomar sus decisiones por medio de un proceso mental al que califican de "silogismo". Un silogismo es un proceso lógico-mecánico de deducción rígida, por medio del cual el juez subsume un grupo determinado de hechos dentro de una regla jurídica

⁴¹ Gray, *op. cit.*, p. 3.

⁴² Austin, *op. cit.*, vol. II, p. 1107; véase Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence" (1911), *Harvard Law Review*, vol. 24, pp. 589, 594.

general que es aplicable al caso. El jurista analítico está normalmente convencido de que el legislador ha establecido una regla general de Derecho para todas y cada una de las situaciones que puedan producirse dentro de un orden jurídico determinado, y que no hay lagunas que tenga que llenar la libre decisión judicial. El dogma de que un sistema jurídico es completo y congruente subyace en la teoría del "silogismo". Si hay una norma jurídica general para cada situación real, la función del juez se agota en subsumir, mediante el razonamiento lógico, los hechos del caso particular en la regla jurídica adecuada. Hay que mencionar, sin embargo, que este dogma particular de la jurisprudencia analítica ha obtenido una base más firme en los sistemas legislativos de la Europa continental que en el sistema jurídico anglo-norteamericano, donde es más destacado el papel activo del juez. En Inglaterra un jurista analítico como Austin, por ejemplo, subrayó el elemento creador del proceso judicial.⁴³ Lo mismo puede decirse de un jurista analítico norteamericano, John Chipman Gray, que sostuvo que los jueces son "más bien creadores que descubridores del Derecho".⁴⁴

54. *La teoría pura del Derecho*

La "teoría pura del Derecho", propagada por Hans Kelsen (n. 1881) debe ser considerada como una de las doctrinas jurídicas más influyentes de nuestros días. Las obras de Kelsen se han traducido a gran número de idiomas, entre ellos, incluso, al japonés. Se ha producido a su alrededor una copiosa bibliografía.⁴⁵ Sus

⁴³ Véase Austin, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴ Gray, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵ Véase la extensa bibliografía citada por Kelsen en *Reine*

deducciones son brillantes, lógicas y claras; su lenguaje, sencillo y atractivo.

La "teoría pura del Derecho" es un intento de eliminar de la Jurisprudencia todos los elementos no jurídicos. Derecho y Estado han de ser entendidos en su pura realidad jurídica, y las disciplinas extrañas, como psicología, sociología y ética, han de ser desterradas de la Ciencia jurídica. Kelsen admite que el Derecho puede, e incluso debe, ser objeto de estudio sociológico, pero este estudio sociológico del Derecho no tiene nada que ver —en su opinión— con la Jurisprudencia en el verdadero sentido de esta palabra.⁴⁶

Kelsen define la Ciencia del Derecho como el "conocimiento de las normas".⁴⁷ Entiende por "norma" un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado. En otros términos, una norma significa que, en determinadas circunstancias, el Estado ejercerá una acción coactiva para obligar a una conducta determinada. El Derecho en un sistema gradual de tales normas coactivas; es, en esencia, "un orden coactivo exterior".⁴⁸ Este orden re-

Rechtslehre (1934), pp. 155-222. [Hay dos eds. castellanas, tituladas respectivamente, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, trad. de Luis Legas Lacambra, Madrid, 1933; y *La teoría pura del Derecho —Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, 1941.]

⁴⁶ Kelsen, "The Pure Theory of Law" (1934), *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 480; "Zur Soziologie des Rechts" (1912), *Archiv für Sozialwissenschaft*, vol. 34, p. 602. Kelsen define la sociología del Derecho como "una ciencia que tiene por objetivo investigar las causas y efectos de aquellos acontecimientos naturales que, interpretados en función de las normas del Derecho, aparecen como actos jurídicos". "The Pure Theory of Law", *loc. cit.*

⁴⁷ Kelsen, "The Pure Theory of Law", *loc. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 488.

cibe su unidad del hecho de que todas las múltiples normas de que se compone el sistema jurídico pueden ser referidas a una fuente última. Esta fuente es la norma "básica" o "fundamental", idéntica a la constitución política del país. La coacción se ejerce de acuerdo con los métodos y condiciones prescritas en la "norma fundamental". Esa norma es la cúspide de la pirámide de la estructura jerárquica denominada sistema jurídico. Su función esencial es la determinación de los órganos y procedimientos para el establecimiento del Derecho en general, por el legislativo.

El grado siguiente, en orden descendente, lo constituyen aquellas normas generales que han sido establecidas mediante la legislación. La función de ésta consiste en determinar el contenido de las normas generales y establecer órganos y procedimientos (tribunales y tribunales administrativos) para la ejecución de esas normas. El grado siguiente en dirección a la base de la pirámide son los juicios y decisiones administrativas. Una norma general necesita ser individualizada, es decir, necesita ser aplicada a un caso particular. El agente de esta individualización y aplicación concreta de la norma es el poder judicial. Sin embargo, la concreción de las normas generales no siempre se coloca en manos del poder judicial. A menudo se delega esta función en los tribunales administrativos que, en esencia, no difieren en cuanto a sus funciones de los tribunales judiciales. La diferencia es meramente técnica o histórica: el juez es más independiente de la presión política que el órgano administrativo.⁴⁹ En conjunto, las funciones judicial y ad-

⁴⁹ Según Kelsen, sólo hay una distinción funcional entre administración y jurisdicción cuando el órgano del Estado realiza directamente los fines de éste, como, por ejemplo, construye escuelas, conduce trenes o administra los hospitales. Esta clase de

ministrativa son idénticas: ambas se ocupan de la aplicación individualizada del Derecho en general; Kelsen no reconoce ninguna distinción esencial entre Derecho y Administración.⁵⁰

Kelsen señala que, en determinadas esferas del Derecho, especialmente en el Derecho privado, las normas generales no se hacen concretas como consecuencia directa de un acto de un instrumento oficial del Estado, tal como la decisión judicial. En el caso del Derecho privado se interpone entre la ley y la decisión jurisdiccional una transacción legal, por ejemplo, un contrato entre partes. Guiadas por la ley, las partes establecen para su conducta mutua normas concretas cuya violación produce un acto coactivo, decretado por medio de una decisión judicial. La etapa final de este proceso gradual —que comienza con la formación de la constitución— es la ejecución material, es decir, el acto coactivo.⁵¹

Para entender la teoría del Derecho de Kelsen es esencial saber que emplea el término "constitución" en un sentido no técnico. Generalmente empleamos esta palabra para denotar la norma suprema de una comunidad política moderna. El concepto de constitución o norma fundamental de Kelsen es aplicable a cualquier forma de gobierno.* La constitución puede

administración directa es esencialmente distinta de la administración judicial, que por naturaleza está destinada a una realización *indirecta* de los fines del Estado. Kelsen, "The Pure Theory of Law" (1935), *Law Quarterly Review*, vol. 51, p. 521.

⁵⁰ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1928), p. 165; *Allgemeine Staatslehre* (1925), p. 236; "The Pure Theory of Law", *Law Quarterly Review*, vol. 51, p. 521; véase también, *supra*, Sec. 18.

⁵¹ Kelsen, "The Pure Theory of Law", *Law Quarterly Review*, vol. 51, pp. 521, 522.

* Kelsen distingue, en realidad, dos sentidos de la palabra

ser la de una autocracia despótica pura o la de una democracia progresiva. Por lo que hace a la teoría de Kelsen, el hecho no tienen ninguna importancia. Su concepción del orden jurídico como sistema graduado de normas coactivas vale para todo orden jurídico, cualquiera que sea la forma de gobierno de un determinado país. Según la teoría de Kelsen, "el Derecho de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas debe considerarse como un orden jurídico, en la misma forma que el de la Italia fascista o el de la Francia democrática capitalista".⁵² Términos como "imperio de la ley" o "Estado de Derecho" carecen totalmente de significado. Todo Estado es un Estado de Derecho —dice Kelsen—. ⁵³ El término mismo "Estado de Derecho" es un pleonismo carente de sentido, porque —en opinión de Kelsen— Derecho y Estado son conceptos idénticos, sinónimos. El Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción y es así coincidente con el Derecho. "El Derecho —el Derecho positivo (no la justicia)— es precisamente ese orden coactivo que es el Estado."⁵⁴ Kelsen ataca la

"constitución": de un lado, la "norma fundamental" —hipotética—, a la que llama "constitución en sentido lógico-jurídico", "cuando instituye un órgano creador del Derecho"; de otro, la que denomina "constitución en sentido jurídico-positivo", "como grado inmediatamente inferior en el momento en que el legislador establece normas que regulan la legislación misma"; este último sentido de la palabra equivale al sentido usual al que se refiere el autor. (Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. española, p. 325. Véase también, *id.*, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, trad. española Legaz, Madrid, 1933, pp. 50 ss.) [T.]

⁵² Kelsen, "The Pure Theory of Law", *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 486.

⁵³ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 191.

⁵⁴ Kelsen, "The Pure Theory of Law", *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 535; véase también, *supra*, Sec. 12.

opinión de que un Estado despótico no está gobernado por el Derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota. Tal opinión —dice— “carece totalmente de sentido”. Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es “sino una ingenuidad o una presunción jusnaturalista”.⁵⁵ Incluso aunque los súbditos que viven bajo un régimen despótico no poseyeran ni un solo derecho legalmente reconocido, el Estado despótico sería un sistema de Derecho. La denominada “voluntad arbitraria” del déspota no es, en realidad, “más que la posibilidad jurídica que tiene el autócrata de atraer a sí toda decisión, de determinar incondicionalmente la actividad de los órganos inferiores o de suspender o modificar, en todo o en parte, y en cualquier momento, las normas jurídicas creadas por él”.⁵⁶ Esa situación “es un Estado de Derecho, aunque se la sienta como inconveniente y onerosa”.

En opinión de Kelsen, el Derecho es una forma que puede albergar contenidos de toda especie, según cuales sean las opiniones sociales dominantes. El contenido del Derecho puede cambiar cada día si así deciden aquellos a quienes se ha confiado el poder de hacer normas. Kelsen niega categóricamente la posibilidad del Derecho natural. El Derecho no es “un orden eterno y sagrado, sino un compromiso de fuerzas sociales que luchan entre sí”.⁵⁷ Es un aparato puramente mecánico, capaz de proteger y sancionar cualquier orden político, social o económico.

La doctrina kelseniana es acaso la expresión más acabada del positivismo analítico en la teoría jurídica. Es característico del positivismo jurídico contem-

⁵⁵ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 335.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 336.

⁵⁷ Voegelin, “Kelsen’s Pure Theory of Law” (1921), *Political Science Quarterly*, vol. 42, pp. 268 ss. a 276.

plar la forma del Derecho más que su contenido moral o social, limitarse a la investigación del Derecho tal como es, sin considerar su justicia o injusticia, y tratar de liberar a la teoría jurídica de toda calificación o juicio de valor de naturaleza política, social o económica. Rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la "teoría pura del Derecho" la separación completa de la Jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social. Como todos los extremos llevan en sí mismos las semillas de su propia destrucción, es evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser —y no será— la última palabra de la Ciencia del Derecho. Pero, consciente o inconscientemente, la teoría está aún en boga en muchos países.

55. Crítica de la teoría imperativa del Derecho

Para poder comprender —a fines de investigación crítica— la naturaleza y significación de la teoría positivista del Derecho, es necesario estudiar sus raíces históricas. Esas raíces están en los resultados logrados por el siglo XIX en el campo de la historia jurídica. El estudio de los Derechos primitivos y antiguos, la investigación de la historia jurídica de la Edad Media, los informes de viajeros que habían observado las costumbres jurídicas de los pueblos salvajes o semicivilizados, hicieron tambalearse la creencia en una ley eterna de la naturaleza, basada en la razón y en la libertad e igualdad humanas, tal como la habían proclamado los juristas y filósofos de los siglos XVII y XVIII. Si la libertad, la igualdad y la razón eran elementos esenciales del Derecho, como habían enseñado Locke, Rousseau, Kant y Fichte, el Derecho no habría existido en la historia hasta tiempos relativamente re-

cientes, e incluso en ellos sólo se habría realizado de modo incompleto. "Si sólo es Derecho aquella norma que reduce la limitación de la libertad individual al mínimo absolutamente indispensable para la vida social —dijo Ludwig Gumplowicz— no ha existido nunca Derecho, ni en la sociedad, ni en el Estado."⁵⁸ Ésta es la opinión de un positivista que —ilustrado por el progreso de la investigación histórica— atacó las especulaciones ahistóricas de la escuela jusnaturalista. Los blancos especiales de la afirmación de Gumplowicz arriba transcrita parecen ser Kant, que definió el Derecho como "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad",⁵⁹ y Fichte, que consideraba al Derecho como un medio por el cual cada individuo limitaría su libertad, con la condición de que todos los demás hicieran lo mismo.⁶⁰ El jurista positivista e historicista pregunta: "¿Quién osaría decir que había libertad individual bajo Hammurabi o bajo Justiniano? ¿Tenían algo que ver con la libertad los lazos feudales del medievo, impuestos por normas jurídicas estrictas? ¿Había un régimen general de libertad en los Estados esclavistas de Norteamérica antes de la Guerra Civil? Por otro lado ¿podría alguien negar que Hammurabi y Justiniano crearon código jurídicos? ¿No existía el Derecho en la Edad Media? ¿No era válido hasta 1865 el *Common Law* in-

⁵⁸ Gumplowicz, *Rechtsstaat und Sozialismus* (1881), p. 244. Sobre Gumplowicz, véase, *infra*, Sec. 56.

⁵⁹ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), Introducción, sección B; trad. inglesa de Hastie, "Kant's Philosophy of Law" (1887), p. 45; véase, *supra*, Sec. 26.

⁶⁰ Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796); *Werke* (Obras), vol. III, pp. 10, 52; véase, *supra*, Sec. 27.

glés en los Estados sudistas de la Unión norteamericana por el hecho de que no se realizaran la libertad y la igualdad? ¿Podría negarse que en todos esos periodos históricos existían normas jurídicas muy desarrolladas?"

Ésta es la línea seguida por la argumentación de los positivistas modernos y, a primera vista, parece haber mucho de verdad en sus afirmaciones: la escuela del Derecho natural de los siglos xvii y xviii había pintado un cuadro idealizado del Derecho. Había relacionado el concepto de Derecho con los conceptos de dignidad, libertad e igualdad humanas. Había reconocido reglas jurídicas superiores al poder político y obligatorias para él. Había supuesto que este cuadro idealizado del Derecho era expresión de principios eternos, inmutables, basados en la naturaleza. Había abandonado todo contacto con la historia. Los principios eternos de la escuela del Derecho natural eran postulados, no realidades. Esos postulados y principios estaban destinados a modelar el futuro —al menos por algún tiempo—, pero eran totalmente incapaces de explicar el pasado. Así los juristas historicistas del siglo xx, como Savigny, Puchta y Hegel, tenían un buen argumento cuando subrayaban que el Derecho era un producto del desarrollo histórico y no una realización de principios eternos e inmutables, escritos en las estrellas. Su ataque contra el racionalismo ahistórico de la escuela del Derecho natural reavivó un interés por la historia jurídica. La investigación demostró que ya en tiempos muy remotos existían instituciones que, al menos en algunos de sus aspectos, se parecían a las instituciones jurídicas modernas. Había tribunales y jueces que decidían los litigios, había reglas de conducta fijas, consideradas como obligatorias para los miembros de la comunidad, había incluso códigos jurídi-

cos como el de Hammurabi o las XII Tablas romanas. Sería difícilmente justificable negar el carácter jurídico de esas instituciones. Sin embargo, no llenaban los requisitos que había exigido al Derecho la escuela jusnaturalista. Apenas se realizaba la libertad, excepto, acaso, para el individuo o la clase gobernante. No existía la igualdad de derechos; no se reconocía la independencia de la personalidad humana. El supuesto fundamental de los filósofos jusnaturalistas —que el individuo es libre y sólo puede ver limitada su libertad en tanto en cuanto esa limitación es necesaria en interés de la paz social— hubiera parecido muy extraño a los legisladores y a los hombres de aquellos tiempos.

Así comenzó la lucha contra los fundamentos de la escuela del derecho natural. La escuela histórica del Derecho y la doctrina del positivismo jurídico fueron manifestaciones de esa lucha. Esas doctrinas intentaron dar a la definición del Derecho una base más amplia, que incluyera todas sus varias formas históricas y todas las etapas de su desarrollo. El intento más radical de esta especie ha sido el realizado por Kelsen. Todos los gobiernos que ha habido en la historia, desde el despotismo puro de tipo antiguo o moderno, hasta la comunidad política liberal, democrática y humanitaria son, en esta opinión, órdenes jurídicos. Pero esta doctrina encontró preparado el terreno por todo el desarrollo anterior de la teoría del Derecho. Kelsen no es más que el representante más lógico y consecuente de una actitud frente al Derecho que —implícita o explícitamente— ha existido en la mayor parte de las teorías jurídicas desde los días de Savigny.

El desarrollo del positivismo en la Ciencia del Derecho fue relativamente inocuo mientras los resultados fundamentales de la escuela del Derecho natural

mantuvieron imperturbada su influencia práctica sobre el Derecho positivo. Hemos visto que en los sistemas jurídicos del mundo occidental se realizaron los postulados más esenciales de la escuela del Derecho natural.⁶¹ Los juristas analíticos dejaron de lado, generalmente, este factor. Emprendieron un análisis formal de los sistemas jurídicos cuyos contenidos habían sido determinados y modelados por ideas jusnaturalistas. Tenían razón al afirmar que las normas y disposiciones jurídicas, en especial en la Europa continental, surgían generalmente a la vida por algún mandato del soberano o promulgación positiva. Pero los juristas analíticos no vieron que el carácter verdaderamente jurídico de esas normas y disposiciones dependía menos de su forma que de su contenido; y de hecho, el contenido de muchas de las normas más importantes no era sino un Derecho natural congelado. Aunque los positivistas sabían que se estaban ocupando de sistemas jurídicos maduros y avanzados, fueron incapaces de comprender que esos sistemas habían llegado a la madurez y habían avanzado por el hecho mismo de que encarnaban ciertos postulados elementales de la doctrina jusnaturalista clásica.

Austin se dio cuenta, al menos, de que el "mandato del soberano" tenía que cumplir un cierto requisito de generalidad.⁶² Kelsen abandona incluso este último obstáculo contra el nihilismo jurídico. Para él toda norma coactiva es Derecho. Todo Estado es Estado de Derecho; Estado y Derecho son conceptos sinónimos. Esta opinión priva de todo significado al concepto de Derecho. Timasheff ha hecho notar muy justamente que, "si el Estado y el Derecho son la misma cosa,

⁶¹ Véase, *supra*, Sec. 28.

⁶² Véase, *supra*, Sec. 53.

contemplada desde puntos de vista diferentes, la lucha de las naciones europeas por imponer en su vida política el principio de juridicidad carecía de sentido y significado".⁶³ Según la opinión de Kelsen, la gran historia del desarrollo del Derecho romano carecía de interés para el estudiante de Jurisprudencia general. No habría diferencia entre el Derecho romano clásico en su etapa de madurez y el despotismo arbitrario del Imperio en la época de la decadencia. La lucha entre poder y Derecho que se desarrolla en la actualidad sería asunto que no tendría interés para el jurista. Éste no tendría nada que defender frente al ataque de los tiranos. Porque, en cuanto norma de coacción externa, el Derecho se realiza igualmente bien bajo una dictadura que bajo un gobierno libre. En realidad, Kelsen debería lógicamente considerar la autocracia como una forma superior a la democracia, porque el carácter coactivo del Derecho se realiza mejor aún en el régimen autoritario. La teoría imperativa del Derecho es un instrumento excelente para uso de un tirano que puede justificar con ella su régimen despótico como "orden jurídico". Esta teoría priva a los países libres de un arma eficaz. Si Kelsen tuviera razón, las naciones libres del mundo contemporáneo no tendrían título alguno válido para considerarse como defensores del Derecho frente al despotismo. El sentimiento de muchas personas de que el Derecho no se realiza —o se realiza de modo muy incompleto— en los Estados totalitarios, sería, en opinión de Kelsen, un resto inconsciente de la época en que los "jusnaturalistas ingenuos o presuntuosos" hablaban de la alianza entre el Derecho y la libertad.

⁶³ Timasheff, *Introduction to the Sociology of Law* (1939), p. 216.

La teoría imperativa del Derecho obstruye toda auténtica comprensión de la naturaleza del Derecho. Deja de lado el hecho de que aquél encarna ciertos valores y no es únicamente un mecanismo inanimado de coacción. No puede negarse que la coacción es un elemento importante en todo sistema jurídico maduro. Pero el contenido y carácter sustantivo de las normas cuyo cumplimiento coactivo garantiza el Estado es de importancia primordial y decisiva. Para averiguar si un orden social es un orden jurídico hay que examinar la distribución efectiva de derechos, deberes y poderes, tanto en la esfera privada como en la pública. Una mera investigación del aparato formal de coacción no revelaría nada. No mostraría si el orden social en cuestión era un orden basado en el poder o en el Derecho. Uno de los graves defectos de la teoría imperativa del Derecho es que oscurece esta distinción fundamental. Con ello la teoría imperativa del Derecho anula los problemas políticos fundamentales del momento y estimula una actitud nihilista en la Ciencia política y en la Jurisprudencia. Todos los amigos del Derecho deben defender el rápido abandono de aquélla.

XV. EL POSITIVISMO SOCIOLOGICO

56. *El positivismo sociológico en la Ciencia del Derecho europea*

No HAY mejor medio de comprender el significado del positivismo sociológico que estudiar las doctrinas del sociólogo austriaco Ludwig Gumplowicz (1838-1909). Gumplowicz dio una base sociológica a la teoría positivista de que el derecho es esencialmente un ejercicio del poder del Estado. Afirmaba Gumplowicz que el factor que mueve la historia humana es la lucha de las diferentes razas por la supremacía y el poder.¹ En esa lucha la raza más fuerte subyuga a la más débil y establece una organización para estabilizar y perpetuar su dominio. Esa organización es el Estado, y el Derecho es uno de los instrumentos más importantes para lograr sus objetivos. El Derecho es una forma de vida social que surge del conflicto de grupos sociales heterogéneos y desiguales en poder.² Aspira a establecer y mantener el dominio del grupo más fuerte sobre el más débil, empleando para ello el poder del Estado. La finalidad y la idea directriz del Derecho es el mantenimiento y perpetuación de la desigualdad política, social y económica. No hay Derecho que no sea expresión de una desigualdad. En ese aspecto el Derecho es un reflejo auténtico del Estado, que tam-

¹ Gumplowicz, *Der Reesenkampf*, 2a. ed. (1909), pp. 219. [Hay trad. española, *La lucha de razas*, La España Moderna, Madrid, s. a.]; *Outlines of Sociology*, trad. inglesa Moore (1899), p. 117.

² Gumplowicz, *Outlines of Sociology*, p. 178.

bién aspira únicamente a regular la coexistencia de grupos raciales y sociales desiguales, mediante la soberanía del grupo más fuerte sobre el más débil.³ El Derecho no puede surgir fuera del Estado, porque es esencialmente una emanación del poder estatal. Las nociones de "Derecho natural" y de "derechos inalienables" son productos absurdos de pura imaginación, tan carentes de significado como los conceptos de "voluntad libre" o de "razón".⁴ El supuesto de que el Derecho se ocupa del establecimiento de la libertad y la igualdad entre los hombres es una manifestación de extravío espiritual. La verdad es exactamente el extremo opuesto. El Derecho es "universalmente lo contrario de la libertad y la igualdad y tiene que serlo así naturalmente".⁵ El Derecho es el dominio de los fuertes y los pocos sobre los débiles y los muchos, y, como tal, es —necesariamente— expresión de desigualdad y diferenciación social.

Se ve en seguida que la doctrina de Gumplowicz es una forma sociológica radical de la teoría del poder. Gumplowicz reiteró vigorosamente esa doctrina en sus varios libros. Pero no se mantuvo fiel a sus premisas en todas sus expresiones. En alguno de sus asertos puede encontrarse una concepción más verdadera de la naturaleza del Derecho. Gumplowicz percibió que el Derecho era un instrumento importante para lo que se denominó "lucha por la emancipación". La cultura humana —señaló— se caracteriza por una lucha de emancipación de clases y grupos que han estado excluidos de participación en el poder político, social y económico. En esta lucha las clases oprimi-

³ *Ibid.*, p. 179.

⁴ *Ibid.*, p. 180.

⁵ *Ibid.*, p. 182; véase también, Gumplowicz, *Rechtsstaat und Socialismus* (1881), p. 135.

das emplean como arma principal la idea de Derecho. Ésta es una arma que ha sido forjada por la clase gobernante, pero la emplean las clases más bajas con objeto de atacar y destruir el dominio de aquélla. Por ejemplo, la burguesía, en su lucha con la clase feudal, apeló los derechos universales del hombre, a la libertad y a la igualdad.⁶ En tiempos más recientes, la clase trabajadora hizo lo mismo en su lucha por la emancipación económica.

La inconsecuencia de la teoría de Gumplowicz es evidente. En su teoría general del Derecho presenta a éste como un medio de mantener y perpetuar la desigualdad, mediante la soberanía de los fuertes sobre los débiles. Por otra parte, caracteriza el Derecho como un arma importante empleada por las clases oprimidas en su lucha de emancipación en pro de la libertad y la igualdad. Tenía razón al decir que una realización completa y absoluta de la libertad y la igualdad es inalcanzable en la vida social humana.⁷ Pero fue incapaz de comprender que es inherente a la idea de Derecho una cierta tendencia al establecimiento de la libertad y la igualdad; y que difícilmente puede realizarse aquél sin el reconocimiento de un cierto grado, al menos, de libertad e igualdad en la vida social humana. Su doctrina de que el Derecho, por su propia naturaleza, es un orden de desigualdad, no toma en cuenta el hecho de que hay varias formas y etapas del Derecho. En los estadios más bajos y menos desarrollados del Derecho, apenas se realizan la libertad y la igualdad. En las formas superiores y más desarrolladas del Derecho se asigna a cada ciudadano alguna esfera de libertad y se garantiza, al menos, cierta

⁶ Gumplowicz, *Outlines of Sociology*, p. 149.

⁷ *Ibid.*, véase también, *supra*, Sec. 6.

igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley. Así hay un lazo definido entre la idea de Derecho de un lado y las nociones de libertad e igualdad de otro. Cuanto más se acerca el Derecho a su forma pura, más libertad e igualdad otorga a los individuos, aunque no se puede llegar nunca —y no se llegará— a la meta final de este proceso.⁸

El error de Gumpłowicz consistió en no diferenciar las varias formas y manifestaciones del Derecho y en incurrir en generalizaciones que no facilitaban una comprensión de las tendencias y de la dinámica inherentes al desarrollo jurídico. El mismo error cometió Josef Kohler (1849-1920). Kohler sostenía que la tarea más alta de la humanidad era el fomento de la cultura, es decir, el máximo desarrollo posible del conocimiento humano y del control del hombre sobre la naturaleza. El Derecho —decía— es un instrumento importante en la persecución de esta meta. Según Kohler, toda forma de civilización tiene que encontrar el Derecho más adecuado a sus fines y aspiraciones. No hay Derecho eterno; el Derecho que es adecuado para un periodo, no lo es para otro. El Derecho —decía Kohler— tiene que adaptarse a una cultura que avanza constantemente, y es deber de la sociedad modelar de tiempo en tiempo el Derecho, de acuerdo con las nuevas condiciones.⁹

Kohler parte del supuesto de que todas y cada una de las formas de civilización hacen uso del Derecho; en realidad, el verdadero Derecho es un medio específico de control social, que no se realiza en todas las formas de civilización humana. No es cierto que sin Derecho sea “totalmente inconcebible la vida humana

⁸ Véase, *supra*, Sec. 6.

⁹ Kohler, *Philosophy of Law*, trad. inglesa Albrecht (1914), pp. 4 y 5.

en sociedad".¹⁰ Esta opinión conduce a un relativismo jurídico que tiende a oscurecer el significado y carácter del Derecho. El instrumento dominante de control social en una determinada sociedad puede ser el poder, la administración, la moral o la costumbre. No tiene que ser necesariamente el Derecho. Además, aunque un orden social reconozca una forma determinada de Derecho, puede muy bien tratarse de una forma sin desarrollar o débilmente desarrollada. Un relativismo sociológico que ve tantas formas de Derecho como formas de civilización humana existen, está tan expuesto a objeciones como el positivismo analítico de Kelsen.¹¹ Conduce a una extensión indebida del término "Derecho", que se emplea para indicar cualquier clase de regulación social humana.

La filosofía jurídica de Gustav Radbruch (n. 1878) presenta un ejemplo interesante de completa resignación al relativismo. Parte del supuesto de que los juicios de valor de cualquier clase son axiomáticos e indemostrables; son objeto de fe y no de conocimiento. No es posible ninguna determinación científica del mejor Derecho y el mejor orden social. La filosofía jurídica no puede enseñar una verdad absoluta acerca del Derecho y la justicia. Puede únicamente determinar qué opiniones acerca del Derecho y la justicia resultarán necesariamente de una cierta convicción social o política; su campo es meramente un análisis de las posibilidades teóricas del Derecho y la justicia, sin dar preferencia a ninguna de ellas. El problema de la verdad o falsedad de una convicción política está fuera de la investigación científica. Radbruch está dispuesto

¹⁰ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed. (1932), p. 88. [Trad. española Medina Echavarría, ya cit.]

¹¹ Véase, *supra*, Sec. 55.

a dar a cualquier filosofía política, económica o social, que logre agrupar a la mayoría bajo sus banderas, libertad para que gobierne el Estado con arreglo a su criterio. Es un adepto tan convencido del relativismo democrático que no reconoce la existencia de una filosofía de la vida que pueda pretender validez absoluta.

En opinión de Radbruch, el Derecho es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común. El fin último del Derecho es la realización de la justicia. Pero la justicia es un concepto bastante vago e indeterminado. Exige que quienes son iguales sean tratados de manera igual, y quienes son diferentes de manera diferente; pero deja sin resolver dos problemas: primero, el del criterio con arreglo al cual haya de determinarse la igualdad o la desigualdad, y segundo, el modo particular de trato jurídico al que deban ser sometidos tanto los iguales como los desiguales.¹² Para obtener los contenidos sustantivos y específicos del Derecho, la idea de justicia tiene que ser complementada por una segunda idea, la de adecuación a un fin. La cuestión de la adecuación de una regulación jurídica a un fin no puede ser resuelta de modo inequívoco y general, de un modo o de otro. La respuesta está coloreada por las convicciones sociales y políticas y las opiniones de partido. Un hombre puede ver la meta suprema del Derecho en el desarrollo de la persona humana individual; otro, en la consecución del poder y la gloria por una nación; un tercero puede considerar el fomento de la cultura y la civilización como la aspiración más valiosa del Derecho. No es posible justificar la elección de una de estas opiniones mediante un argumento de carácter científico; tal elección es cuestión de preferencia personal.

¹² Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 50.

Por otro lado —dice Radbruch—, es evidente que el orden jurídico no puede convertirse en juguete de las opiniones políticas y sociales contrapuestas. En interés de la seguridad y el orden debe determinarse autoritativamente, en alguna forma, lo que está bien y lo que está mal. Las dos ideas de justicia y adecuación necesitan el suplemento de una tercera —*la seguridad jurídica*—, que exige la implantación por el Estado de un orden jurídico positivo y obligatorio.

Tenemos así tres ideas o principios, todos los cuales contribuyen en cierto grado a la construcción de un orden jurídico: la idea de justicia, la de adecuación a un fin y la de seguridad jurídica. Estas ideas, afirma Radbruch son en realidad inconciliables entre sí. Por ejemplo —dice—, la justicia exige generalidad en la formulación de una norma legal, en tanto que la adecuación a un fin puede pedir trato individualizado, adaptado a la situación específica del caso. O, tomando otro ejemplo, la idea de seguridad jurídica exige la existencia de un Derecho fijo y rígido, en tanto que la justicia, lo mismo que la adecuación a un fin, exigen una rápida adaptación del sistema jurídico a las nuevas condiciones sociales y económicas. La realización de una de estas ideas comporta prácticamente un cierto sacrificio u olvido de las otras dos, y no hay ningún patrón absoluto por medio del cual pueda determinarse satisfactoriamente la relación proporcional entre esos tres elementos dentro de un orden jurídico dado.¹³ El Estado-policía de los monarcas prusianos tendía a dar de lado la justicia y la seguridad jurídica, en interés de la adecuación a una finalidad política. La época del Derecho natural trató de derivar y deducir todo el contenido del Derecho de la idea de jus-

¹³ *Ibid.*, p. 72.

ticia. El positivismo jurídico del siglo XIX atendió sólo a la seguridad y descuidó la investigación de la conveniencia y la justicia. Las distintas épocas dan preferencia a distintas opiniones e ideas, y la filosofía jurídica, en opinión de Radbruch, no puede hacer nada para resolver los problemas del Derecho de modo universalmente válido. Los filósofos del Derecho no deben considerar esta imposibilidad de llegar a una conclusión absoluta como un revés o una desgracia. "Qué superflua sería una existencia humana —dice Radbruch— para la cual el mundo no fuera, en fin de cuentas, una contradicción y la vida una decisión."¹⁴

Es posible conceder a Radbruch que los juicios de valor con respecto a la mejor forma del orden social humano difícilmente pueden pretender el atributo de validez universal y verdad absoluta. En este sentido, parece tener alguna justificación una filosofía relativista de la vida. Sin embargo, Radbruch lleva demasiado lejos el relativismo. Sostiene que la filosofía del Derecho puede únicamente dar un análisis de las posibles teorías jurídicas, sin dar preferencia a ninguna de ellas; no puede, a su juicio, enseñar una verdad absoluta acerca del Derecho. Esta afirmación parece justificada. Como hemos visto,¹⁵ el Derecho es un concepto con contenidos e interferencias sustantivas. Representa ciertos ideales y valores específicos. Estos ideales y valores pueden no atraer a ciertos hombres. Puede haber individuos, grupos e incluso naciones, que prefieran un orden social basado en el poder a un orden social basado en el Derecho. Este hecho no debe, sin embargo, impedir la posibilidad de determinar el tipo puro e ideal del Derecho. Radbruch, como

¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵ Véase, *supra*, Sec. 6.

Gumplowicz y Kohler,¹⁶ incurre en una equivocación típica de todos los representantes del positivismo jurídico: extender excesivamente el concepto de Derecho, aplicándolo a todas las formas de vida social humana. Esta "inflación" del concepto de Derecho hace de la idea de Derecho algo vacío y sin sentido y apoya así, inconscientemente, los manejos de quienes tratan hoy día de desplazar el Derecho de su lugar como instrumento primario de control social.

57. La escuela sociológica del Derecho en los Estados Unidos

En sus conferencias sobre el pragmatismo, William James expresó la opinión de que una de las distinciones más importantes en filosofía era la existente entre racionalismo y empirismo. Según James, el racionalista es "devoto de principios abstractos y eternos"; el empirista, un "amante de los hechos en toda su cruda variedad". El racionalismo es monista; toma como base los todos y universales y cree en la unidad de las cosas. El empirismo es pluralista; toma como base las partes y hace del todo un compuesto de partes. El racionalista tiene una posición dogmática, en tanto que el empirista es más escéptico y capaz de aceptar la discusión de sus supuestos y razonamientos. El racionalismo se combina generalmente con una ten-

¹⁶ De los tres autores sólo se suele clasificar como representante de la dirección sociológica a Gumplowicz. A Radbruch se le presenta generalmente como neokantiano, y a Kohler, como neohegeliano. Sin embargo, se estudian en este capítulo las filosofías jurídicas de Kohler y Radbruch porque se encuentran en sus teorías la actitud y los defectos generales del positivismo sociológico.

dencia idealista y optimista; los empiristas, por el contrario, son con frecuencia materialistas y un tanto predispuestos al pesimismo.¹⁷ El racionalista cree en la eternidad de la razón; el empirista, en la variedad de la experiencia.

El contraste entre racionalismo y empirismo ha sido el campo de batalla de la filosofía jurídica norteamericana en el siglo XX. El pensamiento jurídico norteamericano había discurrido en el siglo anterior siguiendo líneas racionalistas e idealistas. La filosofía del Derecho natural dominaba el pensamiento de abogados, jueces y tratadistas de Derecho. Se consideraba al *Common Law* como un sistema racional, encarnación de la razón trascendental, que contenía en sí todas las reglas requeridas para la decisión de los casos particulares. La función del juez, con arreglo a esta opinión, es simplemente encontrar y reconocer la norma aplicable mediante un proceso de deducción. Una decisión judicial no es Derecho, sino meramente una demostración del Derecho; es una manifestación de un Derecho natural eterno, hecha por intermedio de un juez. La creencia en principios metafísicos de Derecho fue robustecida por la Declaración de Independencia de 1776 y la Constitución de los Estados Unidos; ambos documentos —y especialmente la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) contenida en las diez primeras enmiendas a la Constitución— representan encarnaciones de ideas jusnaturalistas.¹⁸ Las normas jurídicas positivas creadas por los parlamentos, que no sean conformes a esos postulados eternos de razón, deben ser dadas de lado. Así, según la opinión tradicional norteamericana, el juez es el

¹⁷ James, *Pragmatism* (1907), pp. 9 ss. [Hay trad. española.]

¹⁸ Véase, *supra*, Sec. 25.

protector y guardián del Derecho natural e intérprete de sus principios y postulados.

La creciente complejidad de las relaciones humanas y la aparición de antagonismos sociales y económicos llevó —a comienzos del siglo xx— a una incredulidad cada vez mayor en la armonía de una ley natural eterna que permitiera a los hombres regular y controlar la vida social mediante un proceso meramente racional. Los principios de Derecho natural encarnados en la Constitución y numerosas sentencias de los tribunales, eran considerados por muchas personas como obstáculos a la reforma jurídica y al progreso social. Surgió una demanda de “justicia social” frente a la “justicia legal” del siglo xix. La creencia racionalista en los derechos eternos e inalienables del individuo era considerada como expresión de una filosofía del *laissez-faire* totalmente pasada de moda.

En el campo de la Ciencia del Derecho y la filosofía jurídica el ataque contra la doctrina tradicional lo desató, principalmente, la escuela sociológica del Derecho. El portavoz más destacado de la escuela es Roscoe Pound (n. 1870). Trata de remplazar en la Ciencia jurídica el racionalismo por el empirismo y el pragmatismo. El Derecho debe ser juzgado no por aplicación de patrones eternos de razón, sino por métodos experimentales. Pound acepta la actitud de William James de “dar de lado las cosas primeras, principios, categorías y necesidades supuestas” y “mirar a las cosas últimas, frutos, conciencias, hechos”.¹⁹ Adopta un enfoque instrumental de los problemas jurídicos, creyendo, con James, que “la ‘verdad’ de nuestras ideas significa su capacidad de ‘operar’ ”.²⁰ Pound niega la

¹⁹ James, *Pragmatism*, pp. 54 ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 58.

existencia de principios jurídicos eternos e inmutables. El Derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida. La verdad de sus principios es relativa, no absoluta. Pound subraya decisivamente no la naturaleza, sino el fin y propósito del Derecho. La jurisprudencia es para él "una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total [de los asuntos humanos] en la que pueden lograrse resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada".²¹ Según esta opinión, el Derecho es un instrumento para la mejora del orden social y económico por medio de un esfuerzo consciente e inteligente. Es un instrumento de la civilización; la meta de la civilización, en opinión de Pound, es la elevación de los poderes humanos a su máximo desarrollo y al máximo control humano sobre la naturaleza externa e interna.²²

El orden jurídico —dice Pound— no se ocupa primordialmente de derechos. Se ocupa de intereses, aspiraciones y pretensiones. Un "derecho" no es más que uno entre los varios medios para la satisfacción de los intereses; se ha exagerado mucho su importancia en el pasado.²³ Durante el siglo XIX se escribía la historia del Derecho en términos del reconocimiento cada vez mayor de los derechos individuales; pero sería igualmente fácil hacerlo desde el punto de vista de un conocimiento cada vez más amplio de los inte-

²¹ Pound, *Interpretations of Legal History* (1923), p. 152.

²² Cf. Pound, "How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth-century Juristic Thought" (1936), *West Virginia Law Review*, vol. 42, pp. 81 ss. a 94. Sobre este punto, Pound está de acuerdo con Kohler; véase Pound, *Interpretations of Legal History*, pp. 141 ss. y *supra*, Sec. 56.

²³ Pound, *Interpretations of Legal History*, p. 159.

reses sociales. Pound considera el Derecho como un máximo de satisfacción de necesidades, no como un máximo de autoafirmación individual.

Me limito —dice— a considerar el Derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada— logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto en cuanto pueden ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad política organizada.²⁴

Si no se pueden satisfacer todas las necesidades, dice Pound, deben ser satisfechas en la medida en que sea razonablemente posible. Acepta también la opinión de William James de que la esencia del bien es satisfacer las demandas y está también de acuerdo con James en que, puesto que no es posible en este mundo dar satisfacción a todos, el principio guía de la filosofía ética debe ser dar satisfacción en todo momento a tantas demandas como sea posible.²⁵ En la medida en que estas pretensiones, demandas e intereses se contraponen mutuamente, la función del Derecho es reconciliar, armonizar y lograr compromisos entre esos intereses que se superponen unos a otros. Así el orden jurídico surge como un sistema de ingeniería social que sirve la finalidad última para eliminar la fricción y evitar el gasto en el goce de los bienes de la existencia.

La justicia puede lograrse —dice Pound— con o sin el Derecho. La justicia según el, significa una administración judicial con arreglo a patrones fijos que los

²⁴ Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (1922), p. 99.

²⁵ Véase Pound, *Interpretations of Legal History*, p. 157; James, *The Will to Believe* (1896), pp. 201, 205. [Hay trad. española, *La voluntad de creer*.]

individuos pueden conocer con anterioridad a la controversia y con arreglo a los cuales todos pueden estar razonablemente seguros de recibir un trato igual. Significa una administración de justicia impersonal, igual y cierta, hasta el punto en que pueda ser asegurada mediante principios decisorios de aplicación general.²⁶ La justicia sin Derecho es administrada según la voluntad o intuición de un individuo que, al tomar la decisión, tiene una gran libertad discrecional y no está obligado a observar reglas fijas, generales y técnicas.²⁷ La primera de estas formas de la administración de justicia tiene carácter judicial; la segunda, administrativo. Según Pound, en todos los sistemas jurídicos se encuentran elementos de ambas formas de justicia. La historia del Derecho —afirma— muestra una continua oscilación entre la discreción amplia y la regla detallada y estricta. Por ejemplo, el siglo xix aborrecía la discreción judicial y trató de excluir el elemento administrativo del dominio del Derecho, apoyándose, en cambio, en una administración de justicia sistemática con arreglo a conceptos fijos, uniformes y técnicos. Por el contrario, el siglo xx ha contemplado una resurrección de la justicia del ejecutivo, que se pone de manifiesto en el desarrollo de las corporaciones y comisiones administrativas. Ha surgido una demanda de individualización de la justicia, que tiene que ser interpretada como reacción contra el sistema demasiado rígido de aplicación del Derecho en la época precedente de estabilidad jurídica. El problema del futuro —dice Pound— consiste en lograr un equilibrio viable entre el elemento judicial y

²⁶ Pound, "Justice According to Law" (1913), *Columbia Law Review*, vol. 13, pp. 696 ss. a 705.

²⁷ *Ibid.*, p. 696.

el administrativo. "Un sistema jurídico tiene éxito si consigue lograr y mantener un equilibrio entre el extremo de la autoridad arbitraria y el extremo de la autoridad limitada y coartada."²⁸

La jurisprudencia sociológica norteamericana ha surgido no sólo como una protesta contra conceptos jusnaturalistas tradicionales, sino también como reacción contra la esterilidad y formalismo de la jurisprudencia analítica. La jurisprudencia sociológica norteamericana niega que pueda ser comprendido el Derecho sin considerar los hechos y realidades de la vida social humana. A la petición de "autosuficiencia" de la Ciencia del Derecho, formulada por los juristas analíticos, opone la jurisprudencia sociológica la demanda de "colaboración con espíritu de equipo" (*team-work*) con las demás ciencias sociales.²⁹ Refuta las pretensiones de los partidarios de la jurisprudencia analítica de que pueda o deba llegarse a una decisión judicial mediante un proceso de subsunción y razonamientos lógicos.³⁰ Un juez que desee cumplir satisfactoriamente su misión, tiene que tener un conocimiento íntimo de los factores sociales y económicos que modelan el Derecho e influyen en él. Uno de los más grandes jueces norteamericanos —Oliver Wendell Holmes (1841-1936)— subrayó con más fuerza esta necesidad.

La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia. Las necesidades sentidas en la época, las teorías

²⁸ Pound, "Individualization of Justice" (1938), *Fordham Law Review*, vol. 7, pp. 153 ss. a 166.

²⁹ Pound, "Fifty Years of Jurisprudence" (1938), *Harvard Law Review*, vol. 51, pp. 777 ss. a 812; "How Far Are We Attaining", etc., p. 91.

³⁰ Véase, *supra*, Sec. 53.

políticas y morales predominantes, las intuiciones acerca del interés público —confesadas o inconscientes—, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido mucha más influencia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales debían ser gobernados los hombres. El Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no puede tratarse como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es el Derecho, es preciso saber lo que ha sido y lo que tiende a devenir. Hay que consultar alternativamente la historia y las teorías jurídicas existentes. Pero la labor más difícil será la de comprender la combinación de ambas en nuevos productos en cada una de las etapas.³¹

Sólo un juez o jurista que conozca los aspectos más remotos y generales —dijo Holmes— estará en situación de llenar adecuadamente las funciones sociales que le competen.³²

Benjamín N. Cardozo (1870-1938) hizo un fino y comprensivo análisis de la verdadera naturaleza del procedimiento judicial. Apoyándose en su gran experiencia como juez de la Corte de Apelación de Nueva York, llegó a la conclusión de que una sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también —en grado considerable— un proceso de creación. El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta. La acción creadora del juez es especialmente indispensable cuando se requiere la adaptación de una regla o principio a las combinaciones cambiantes de aconte-

³¹ Holmes, *The Common Law* (1881), p. 1. Sobre Holmes véase también, *infra*, Sec. 58.

³² Holmes, *Collected Legal Papers* (1920), p. 203.

cimientos.³³ En el proceso intelectual mediante el cual decide un asunto, la lógica desempeña sólo un papel subordinado. El juez se ve obligado a valorar y a sopesar unos intereses contrapuestos con objeto de lograr el máximo equilibrio social posible. Al hacerlo así tiene que escoger a menudo entre dos o más posibilidades lógicamente admisibles. Esta elección se verá influida necesariamente por instintos heredados, creencias tradicionales y convicciones adquiridas y por su idea general de la vida y su concepción de las necesidades sociales.³⁴ Encontramos, pues, que dos grandes jueces norteamericanos —Holmes y Cardozo— están fundamentalmente de acuerdo en cuanto a las "premisas mayores inarticuladas" de una decisión judicial.

La jurisprudencia sociológica ha llevado a la Ciencia del Derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Ha demostrado que el Derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente formal del soberano. Ha subrayado la interdependencia entre el Derecho y las demás fuerzas sociales. Fue un error por parte de muchos juristas de la escuela analítica suponer que el Derecho podía ser colocado en el vacío y entendido o administrado sin considerar sus finalidades sociales. El abogado, el juez y el legislador de hoy día deben de tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. En otro caso serán incapaces de hacer frente en forma creadora a los problemas jurídicos que hay que resolver en nuestro tiempo y que no son tanto

³³ Cardozo, *The Growth of the Law* (1927), pp. 96, 135.

³⁴ Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), pp. 12, 167.

cuestiones técnicas de procedimiento cuanto problemas fundamentales de política social y económica. El gran mérito de la jurisprudencia sociológica fue haber incitado a los profesionales del Derecho a darse cuenta de esta necesidad.

Hay que hacer, sin embargo, algunas objeciones al modo general de enfocar los problemas jurídicos puesto en práctica por la jurisprudencia sociológica. Las objeciones se refieren especialmente a aquellas partes de la doctrina sociológica que se ocupan de la naturaleza y funciones esenciales del Derecho. Debemos a los autores pertenecientes a la escuela, especialmente al decano Pound, esclarecimientos muy valiosos respecto a estos problemas. Pero a veces se tiene la impresión de que el estudio de cuestiones de detalle, es decir, aquellas relacionadas con algunos aspectos específicos de la regulación jurídica, arroja más luz sobre el problema que las generalizaciones más espectaculares sobre la naturaleza y funciones del Derecho.

Por ejemplo, al estudiar la teoría del Derecho de Pound, se piensa inmediatamente en la descripción que hace de la Jurisprudencia como "ciencia de ingeniería social". Esta afirmación presenta varios motivos de crítica. "Ingeniería social" parece un término demasiado amplio para describir el Derecho. Si imaginamos un orden social basado puramente en un tipo de control administrativo, el término puede tener la misma o incluso mayor justificación. Hasta una autocracia puede hacer una labor efectiva de "ingeniería social"; podría incluso —al menos en algunos aspectos— ser más eficaz que un orden social basado en el Derecho. El término "ingeniería social" comporta un tipo de regulación social planificada según el principio de utilidad. Esta connotación es diferente

de las asociaciones mentales que conectamos con el término "Derecho".³⁵

Reservas semejantes pueden hacerse con respecto a las afirmaciones generales de Pound acerca de las finalidades del Derecho:

Me limito a considerar el Derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada— logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto en cuanto puedan ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad política organizada.³⁶

Dicho más brevemente: "La tarea [del Derecho] es satisfacer las pretensiones o demandas con el mínimo de fricción y de gasto, con lo cual se puede obtener el máximo rendimiento posible de los medios de satisfacerlas."³⁷ La idea que hay tras esas afirmaciones es la de que la función del Derecho consiste en satisfacer todos los intereses a que sea dable hacer frente. "El Derecho es un intento de reconciliar, armonizar y llegar a un compromiso... entre los intereses contrapuestos que se superponen recíprocamente."³⁸ Sería absurdo discutir la verdad de estas proposiciones. Indudablemente, una de las finalidades más importantes del Derecho es reconciliar los intereses contrapuestos. Pero parece necesario ir más allá de lo que estas frases indican.

Imaginemos una sociedad en la que hay una es-

³⁵ Véase, *supra*, Sec. 18.

³⁶ Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, p. 99.

³⁷ Pound, *Interpretations of Legal History*, p. 157.

³⁸ Pound, "A Theory of Social Interest" (1920), *Publications of the American Sociological Society*, vol. 15, p. 44.

estructura muy compleja del sistema económico y una pronunciada escasez de mercancía. Para hacer frente a las dificultades económicas se establece una autocracia benévola. Ésta distribuye las mercancías entre los ciudadanos por medio de regulaciones administrativas, sujetas a cambio cada día y cada hora, según las exigencias de la situación; de este modo trata de satisfacer cuantas necesidades y pretensiones sean posibles. Tal orden social estaría basado en el control y regulación administrativos, no jurídicos; sus bases serían la administración y el poder, no el Derecho.

Este ejemplo muestra que los intereses sociales pueden ser satisfechos por medios distintos del Derecho. Con decir que el Derecho es un instrumento para satisfacer y reconciliar intereses, no se pone de manifiesto su naturaleza peculiarísima. Hay que averiguar cuáles son los medios e instrumentos específicos por medio de los cuales logra el Derecho esta finalidad general de la vida social.

Hay un parecido —oculto profundamente— entre alguna de las definiciones generales de la escuela sociológica y la doctrina del positivismo jurídico, que ha recibido su forma más consistente en la "teoría pura del Derecho", de Kelsen. El parecido consiste en la extensión indebida que se atribuye al término "Derecho"; esta palabra viene a significar prácticamente toda especie de control social o de "ingeniería social". Es muy interesante observar que en muchos de los estudios del decano Pound se evita cuidadosamente esta extensión del concepto de Derecho y se dibujan con mayor precisión las líneas que separan el Derecho de la administración. Pero sus afirmaciones generales, especialmente aquellas que serán citadas siempre como expresiones más típicas de la escuela sociológica, parecen susceptibles de malas interpretaciones,

que pueden tener consecuencias prácticas en el campo de la política.³⁹

La sociología como tal no puede derrotar al positivismo jurídico y a la jurisprudencia analítica. Para refutar la doctrina positivista —es decir, la doctrina de que el Derecho es la voluntad de los detentadores del poder en una sociedad dada— no basta con demostrar que la voluntad del poder soberano está efectivamente determinada y modelada por fuerzas políticas, económicas, psicológicas y éticas. Un análisis de todos los diversos factores que influyen en la legislación difícilmente podrá ofrecer un cuadro completo de la naturaleza esencial del Derecho. Para el hombre de la calle —que tiene un sentimiento borroso de que no existe Derecho, o al menos no existe una forma satisfactoria de Derecho en los actuales Estados totalitarios— esa explicación no significa una respuesta. Mientras representantes del positivismo jurídico —analítico y sociológico— estén de acuerdo en el supuesto de que el Derecho es esencialmente un ejercicio del poder político, “una ordenación de la conducta humana por medio de la sociedad política organizada”, ambas escuelas están en terreno positivista. El jurista húngaro J. Moór ha señalado con razón que en la teoría moderna del Derecho hay una alianza entre la sociología empírica y el positivismo jurídico.⁴⁰ Mientras esa alianza domine en la teoría jurídica, no podrán tener éxito pleno los intentos de determinar la verdadera naturaleza del Derecho.

³⁹ Tal parece ser la opinión del eminente historiador C. H. McIlwain que, aunque reconoce sus grandes méritos, ha indicado cierta desilusión ante los resultados logrados por la escuela sociológica del Derecho, Véase McIlwain, “Government by Law” (1936), *Foreign Affairs*, vol. 14, p. 185.

⁴⁰ Moór, “Das Problem des Naturrechts” (1935), *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 28, p. 325.

58. *El movimiento realista en la Ciencia jurídica
norteamericana*

La escuela sociológica del Derecho tiene en Norteamérica un ala extrema que puede ser denominada "movimiento realista del Derecho". Este movimiento no constituye en sí una escuela jurídica, porque no se compone de un grupo de hombres con un credo común y un programa unificado. Lo que caracteriza a quienes se califican a sí mismos de "realistas jurídicos" (*legal realists*)⁴¹ es un método peculiar de enfocar los problemas, un modo específico de pensamiento jurídico. En primer lugar, los realistas jurídicos concentran su atención en aquellos aspectos del Derecho que giran alrededor de los procesos ante los tribunales y el procedimiento ante los tribunales administrativos. Se ocupan poco o nada del Derecho existente fuera de los tribunales, que modela la vida diaria de los millares de personas que nunca llegan a tener contacto con los tribunales de justicia. Es decir, los juristas realistas consideran principalmente el Derecho desde el punto de vista del abogado en ejercicio o del educador cuya misión es formar a los abogados. En segundo lugar, los pensadores realistas que estamos estudiando, consideran al Derecho como un cuerpo de decisiones más que como un cuerpo de normas. Creen que las reglas jurídicas tienen una influencia relativamente pequeña sobre las decisiones de los jueces y que los juristas deben dirigir su atención a otros factores del procedimiento judicial. Subrayan enfáticamente la importancia del elemento humano en el proceso judicial, los prejuicios, instintos hereda-

⁴¹ Cf. Llewellyn, "Some Realism About Realism" (1931), *Harvard Law Review*, vol. 44, pp. 1222 ss.

dos, opiniones, debilidades, cualidades de carácter y bagaje cultural de los jueces. ¿Qué hace en realidad un juez al decidir un asunto? Éste es el problema central que tratan de resolver los juristas realistas.

Karl N. Llewellyn (n. 1893) pertenece al grupo de los realistas moderados. Sostiene que en la práctica jurídica las normas sustantivas tienen menos importancia de la que les han atribuido los teóricos del Derecho. "La teoría de que las normas deciden los asuntos parece haber engañado durante un siglo, no sólo a los ratones de biblioteca, sino a los jueces."⁴² Cree que el punto focal de la investigación jurídica debe desplazarse del estudio de las normas a la observación de la conducta real de los ministros de la ley, especialmente los jueces. "El Derecho es, en mi opinión, lo que esos funcionarios hacen en relación con los pleitos."⁴³ Las normas jurídicas —dice— tienen alguna influencia sobre la decisión del juez, pero no son más que un factor entre los varios que intervienen en el proceso de resolver un asunto.

Jerome Frank (n. 1889) formula la doctrina realista de modo mucho más radical que Llewellyn. Considera el actual sistema judicial norteamericano como un sistema más o menos disfrazado de justicia aplicada al modo de los cadíes orientales. Las decisiones judiciales —dice— están influidas por la dieta del juez, sus preferencias y aborrecimientos personales, sus prejuicios y sus estados de ánimo.⁴⁴ El conocimiento

⁴² Llewellyn, "The Constitution as an Institution" (1934), *Columbia Law Review*, vol. 34, p. 7.

⁴³ Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), p. 3; véase también, Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence —The Next Step" (1930), *Columbia Law Review*, vol. 30, pp. 431, 442, 464.

⁴⁴ Frank, "Are Judges Human?" (1931), *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, pp. 247 ss.

de las normas jurídicas sirve con frecuencia de muy poco para prever la decisión de un determinado juez. "Nadie conoce el Derecho relativo a ningún asunto o situación, transacción o acontecimiento dados hasta que ha habido una decisión específica al respecto."⁴⁵ Es evidente que según esta opinión la sentencia de un tribunal es algo muy inseguro y casi impredecible. Pero esta incertidumbre del Derecho —sostiene Frank— no es algo lamentable; en su opinión tiene un valor social inmenso.⁴⁶ La libre discreción judicial es para él la esencia del aspecto creador del Derecho. Rechaza como "mito jurídico básico" la opinión de que el Derecho puede ser estable, fijo y firme. Esta opinión es para él una supervivencia infantil de un "complejo paterno". ¿Por qué —pregunta— buscan los hombres una certeza jurídica imposible de lograr?

Porque —respondemos— no han superado la necesidad infantil de un padre autoritario y han tratado inconscientemente de encontrar en el Derecho un sustituto de aquellos atributos de firmeza, certeza e infalibilidad que se confieren, en la infancia, al padre.⁴⁷

Si los hombres se despojaran de ese deseo de un sustitutivo del padre, tendrían una actitud mucho más certera con respecto al Derecho. Se darían cuenta de que hasta que un tribunal ha decidido una determinada cuestión no existe una norma acerca de ese problema. Antes de esa decisión, el único Derecho al que se puede recurrir es a lo que el jurista supone que puede hacer ese tribunal. Así, según Frank, el Derecho es una sentencia anterior específica o una suposición

⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁶ Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), pp. 7, 20, 138.

⁴⁷ Frank, *ibid.*, p. 21.

de cuál puede ser una sentencia futura.⁴⁸ Pound ha calificado esta doctrina de "culto de la decisión concreta".⁴⁹

Los juristas realistas consideran como padre espiritual de su doctrina a Holmes. En un discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, Holmes hizo la siguiente observación: "Lo que entiendo por Derecho son las profecías acerca de lo que van a hacer en realidad los tribunales —y no hay nada más pretencioso que tales profecías."⁵⁰ Esta célebre afirmación ha sido aceptada como credo básico por los realistas jurídicos y especialmente por Frank. Pero los juristas realistas exageran el significado de esa observación casual, hecha de pasada. Es muy poco probable que Holmes intentara formular con ella una definición del Derecho.⁵¹ Era un *aperçu* de lo que el Derecho significa efectivamente para el abogado. No debe considerarse este *aperçu* casual como el dogma fundamental de la filosofía jurídica de Holmes.

Parece que el movimiento realista de la Jurisprudencia norteamericana concentra demasiado la atención sobre aquellos aspectos del Derecho que giran alrededor del procedimiento ante un Tribunal. Considera primordialmente al Derecho desde el punto de vista de un abogado que interviene en pleitos complicados, cuya solución no puede ser fácilmente prevista.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁹ Pound, "How Far Are We Attaining", p. 89; véase también, Kennedy, "Functional Nonsense and the Transcendental Approach" (1936), *Fordham Law Review*, vol. 5, pp. 272, 300.

Llewellyn da una bibliografía del realismo jurídico en el vol. 44 de la *Harvard Law Review*, p. 1257.

⁵⁰ Holmes, *Collected Legal Papers* (1920), p. 73.

⁵¹ De acuerdo con Wu, *Juridical Essays and Studies* (1928), p. 108.

Pero, como subrayó con razón Ehrlich,⁵² un procedimiento ante un tribunal es una ocurrencia excepcional. El hombre medio encuentra el Derecho no litigioso casi en cada paso que da en la vida. La relación matrimonial en que vive, el negocio que dirige, la propiedad que posee, los contratos que concluye, tienen su sanción y su garantía en el Derecho. Si trabaja como asalariado, su relación con su patrono, y acaso sus horas de trabajo y el importe de su salario, están determinados por el Derecho. Si es funcionario público, el alcance y extensión de su autoridad y deberes públicos son fijados por el Derecho. En todas estas materias hay poco de la incertidumbre e imprevisibilidad jurídicas de que hablan los juristas realistas. La mayor parte de las diferencias que surgen en la vida cotidiana no se solventan en los tribunales, porque, con arreglo a las normas jurídicas existentes, es perfectamente seguro el resultado que tendría el pleito en caso de llevarse ante aquéllos. En el bufete del abogado se pueden resolver muchas de las dudas que pueda tener el hombre medio. Todos estos factores limitan el alcance de la jurisprudencia realista a un segmento relativamente pequeño del Derecho existente. A pesar del aserto contrario de Frank,⁵³ puede mantenerse aún que el bagaje principal del estudiante de Leyes debe ser el conocimiento de las normas jurídicas. La sustitución de los cursos jurídicos ordinarios por cursos de psicología o psicoanálisis, podría serle útil en cierto sentido, pero haría muy poco en el de capacitarle para el desempeño adecuado de sus funciones sociales.

Una segunda objeción contra la doctrina realista del

⁵² Véase, *supra*, Sec. 38.

⁵³ Frank, "Are Judges Human?", p. 41.

Derecho es la de que constituye una nueva versión de la teoría austiniana. La teoría realista del Derecho ha destronado al legislador de Austin para colocar en su lugar al juez norteamericano, como creador soberano del Derecho. Austin concebía el Derecho como el mandato del legislador soberano. Los juristas realistas, especialmente Frank, lo conciben como el mandato o la decisión de un juez soberano. Ambas opiniones arrojan poca luz sobre el carácter esencial del Derecho. El que la decisión de un juez sea Derecho depende de que se conforme a las normas jurídicas existentes. Es cierto que se le deja siempre un cierto margen de discreción. Pero la esencia misma del Derecho consiste en que hay reglas definidas que ponen límites a esa discreción. Consideran que la discreción del juez como la esencia del poder creador del Derecho⁵⁴ es colocar el acento fuera de su lugar adecuado. Una cierta discreción judicial puede ser conveniente y necesaria. Pero la discreción ilimitada de un juez "cadi" es lo contrario del Derecho. El Derecho no existe sino allí donde se ponen límites al poder arbitrario de los funcionarios judiciales. "Lo que hacen en relación con los pleitos los ministros de la ley" no es, en sí y por sí, necesariamente, Derecho.

La doctrina realista muestra un escepticismo muy arraigado respecto al actual sistema de administración de justicia. Es hija legítima de una época de crisis y confusión. Presenta una desconfianza grande respecto a los poderes de la razón humana. Esta desconfianza es muy marcada, por ejemplo, en los escritos de Thurman Arnold (n. 1891).⁵⁵ Subraya y analiza

⁵⁴ Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), p. 138.

⁵⁵ Arnold, *The Symbols of Government* (1935); *The Folklore of Capitalism* (1937).

este autor las fuerzas subconscientes y los elementos irracionales de la vida social humana. La Jurisprudencia es para él "el sueño brillante, pero frustrado, de un mundo gobernado por la razón".⁵⁶ En su práctica real —afirma— el Derecho consiste en un gran número de símbolos e ideales contradictorios. Considera fracasados los esfuerzos eruditos hechos por los cultivadores de la Ciencia del Derecho para construir, tras de los tribunales, un cielo lógico donde se hace que los ideales contradictorios aparezcan como si fueran coherentes.

Acaso en una época futura que acepta la *Experimentación* como fuente del conocimiento y confíe de buen grado en la pericia personal de los jueces, como se confía hoy en la pericia de los médicos, pueda la Ciencia del Derecho volver a ser sencilla.⁵⁷

Puede ser verdad, pero esta "sencillez" de la Jurisprudencia será comprada a un precio muy elevado. La "experimentación" judicial y la administración personal de justicia podrán, acaso, constituir el remedio para los males del orden jurídico actual. Pero es un remedio que acaba con la enfermedad matando al paciente —en este caso el Derecho—. Una administración personal de justicia, no limitada por normas fijas, significa el imperio del poder y la abdicación del Derecho. Hay un cierto peligro de que el escepticismo de la jurisprudencia realista pueda, acaso contra los deseos de sus defensores, preparar el terreno intelectual para una tendencia totalitaria. Si la jurisprudencia realista tiene interés en el mantenimiento del Derecho, tiene que completar su análisis y crítica del orden

⁵⁶ Arnold, *The Symbols of Government*, p. 58.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 50.

jurídico actual con un programa constructivo de reformas legales que deje intactas las características de un "gobierno con arreglo a Derecho".

59. La Sociología del Derecho de Timasheff

La *Introducción a la Sociología del Derecho* de N. S. Timasheff es uno de los más recientes tratados norteamericanos que se ocupan de la naturaleza del Derecho en general. En muchos aspectos abre nuevas sendas y adopta una concepción del Derecho opuesta a la actitud positivista dominante. En otros no ha logrado superar esta actitud.

Timasheff (n. 1886) concibe el Derecho como una combinación de poder y ética.⁵⁸ El poder es para él la imposición de patrones de conducta mediante la dominación. La ética es la realización de patrones de conducta mediante la convicción del grupo. Poder y ética son dos fenómenos independientes: puede existir el poder sin relación con la ética; ésta puede ser eficaz sin relación con el poder. Pero en la mayor parte de los ordenamientos sociales, ambos fenómenos se entrecruzan. La sección donde concurren ambos es el Derecho. El Derecho es "la coordinación ético-imperativa". En el Derecho se combinan la convicción del grupo y la actividad del poder con objeto de asegurar la realización de determinados patrones de conducta.⁵⁹

La definición del Derecho de Timasheff hace una síntesis feliz de dos doctrinas jurídicas opuestas. Una de ellas es la doctrina —representada por Austin y

⁵⁸ Timasheff, *Introduction to the Sociology of Law* (1939), p. 248.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 50.

Kelsen— de que el Derecho es una norma imperativa, un “mandato del soberano”. La otra es la defendida por Savigny, Gierke y Ehrlich de que el Derecho es primordialmente un producto de la convicción del grupo. La noción del Derecho de Timasheff evita la unilateralidad de las dos doctrinas. Considera el Derecho como una combinación del poder político y la convicción del grupo. Esto representa un gran paso hacia adelante. Hemos visto anteriormente que el Derecho surge de las tensiones y ajustes entre la sociedad y sus gobernantes.⁶⁰ Ésta es la idea que hay implícita en la descripción que hace Timasheff del Derecho como la “coordinación ético-imperativa”.

Otro mérito de la teoría jurídica de Timasheff es que supera el “pan-jurismo” inherente a la actitud positivista respecto al Derecho. Ese “pan-jurismo” está particularmente subrayado en la “teoría pura del Derecho”, de Kelsen. Según este autor, todo orden social es un orden jurídico. Una sociedad sin Derecho es inconcebible para él.⁶¹ Timasheff rechaza esta opinión. “Hay, en realidad, muchos tipos de órdenes que no tienen relación con el Derecho” —afirma—. ⁶² El Derecho es para Timasheff un fenómeno histórico, producto del desarrollo cultural. Aparece sólo en cierto nivel de desarrollo, después de haberse logrado cierto grado de avance, tanto en la ética como en el poder. Un grupo primitivo, coordinado únicamente por la ética, no conoce el Derecho. Un Estado despótico, gobernado únicamente por el poder está también fuera del dominio del Derecho.⁶³ Esta posición constituye

⁶⁰ Véase, *supra*, Sec. 18.

⁶¹ La misma opinión adopta Radbruch, *op. cit.*, p. 88; cf. *supra*, Sec. 56.

⁶² Timasheff, *op. cit.*, p. 216.

⁶³ *Ibid.*, pp. 273, 210-217.

igualmente un gran paso hacia adelante en el camino que lleva al abandono del positivismo jurídico.

Parece haber, sin embargo, algunas objeciones a la teoría del Derecho de Timasheff. En primer lugar es susceptible de críticas su concepción general de la evolución jurídica. Cree que la ética fue el fenómeno primario de coordinación social en los grupos primitivos y que el poder fue el instrumento que logró gradualmente desgajar la rama jurídica de la ética indiferenciada de la sociedad primitiva. Aquellas reglas éticas que fueron "seleccionadas" y adquirieron el apoyo del poder organizado fueron "elevadas" al rango de normas jurídicas.⁶⁴ Esta opinión demuestra que Timasheff tiene aún un pie dentro de la teoría imperativa del Derecho. La evolución jurídica no estriba en la transformación por el poder organizado de las normas éticas en normas jurídicas. Consiste en las limitaciones gradualmente puestas al ejercicio del poder arbitrario en el curso de ese desarrollo. Esas limitaciones son producidas por varias fuerzas que difícilmente pueden pretender ser colocadas bajo el denominador común de la "ética". Las presiones políticas, la necesidad de compromisos, la lucha de las clases por su emancipación, las fuerzas económicas y psicológicas y toda una serie de otros factores contribuyen al desarrollo del Derecho.⁶⁵

Timasheff parece dar excesiva importancia al papel de la "convicción del grupo" en el desarrollo del Derecho. La "convicción del grupo" puede, en determinadas circunstancias, apoyar al poder y operar contra el Derecho. En una situación grave, un pueblo puede aceptar de buen grado los patrones de conducta im-

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 281-286.

⁶⁵ Véase, *supra*, Tercera Parte.

puestos por un dictador. En otros términos una combinación de la convicción del grupo y el poder no tiene que llevar necesariamente consigo el fenómeno al que calificamos de Derecho. Éste es limitación del poder, no asentimiento del grupo al ejercicio del poder.

Timasheff hace notar que "no hay necesariamente un antagonismo entre poder y Derecho, y quien trate de mejorar el Derecho no debe olvidar nunca que una estructura eficaz de poder es una condición necesaria de aquél".⁶⁶ Es cierto que un sistema jurídico desarrollado necesita una estructura eficaz de poder que garantice su cumplimiento. Pero lo que se necesita es una estructura política de tipo muy específico. Es una estructura de poder en la que hay salvaguardias efectivas contra un abuso arbitrario del poder por parte del gobierno. Es una estructura política que garantiza al ciudadano ciertos derechos que no pueden ser arbitrariamente reducidos o eliminados. Es una estructura política caracterizada, no tanto por la centralización como por la difusión del poder. La afirmación de Timasheff de que "no hay necesariamente un antagonismo entre poder y Derecho" necesita —para poder ser sostenida— todas estas cualificaciones.

Queda otra duda en cuanto al enfoque metodológico de la sociología jurídica de Timasheff. No parece subrayar con suficiente vigor el tipo desarrollado y maduro del Derecho ni mostrar los requisitos previos, a la vez que las consecuencias sociales de este tipo de Derecho. En la sección siguiente se mostrarán las consecuencias implícitas en esta crítica.

⁶⁶ Timasheff, *op. cit.*, p. 219.

Como ya hemos visto,⁶⁷ la mejor manera de conocer y estudiar un fenómeno es contemplarlo en su forma más pura y desarrollada. Esto es cierto tanto de los fenómenos naturales como de los intelectuales. Para explicar a un niño el significado del término "montaña", el Monte Rainier* es mucho mejor, por ejemplo, que cualquier serie de colinas bajas. Si quiero explicar a un estudiante lo que es el feudalismo tengo que analizar la estructura del feudalismo en aquellos países donde alcanzó su forma más alta y desarrollada. De la misma manera, si quiero definir el concepto de burocracia, tengo que tener en mi mente un cuadro de la burocracia de tipo más perfecto. Uno de los grandes méritos del sociólogo alemán Max Weber fue dirigir nuestra atención a este punto. Demostró que la tarea del sociólogo es describir tipos puros e ideales (*Idealtypen*) de fenómenos sociales y deducir de ellos las funciones, efectos, méritos y defectos típicos de las instituciones sociales y de las formas de control social.⁶⁸ Esto distingue la sociología de la historia. La historia es un análisis causal de los acontecimientos, hechos y personalidades *aislados* que han tenido importancia para el desarrollo de la civilización. La sociología, por su parte, es un análisis causal de las consecuencias *típicas* que resultan de ciertos fenómenos o instituciones sociales. Para demostrar los efectos y resultados típicos de ciertas instituciones sociales o

⁶⁷ Véase, *supra*, Sec. 6.

* El original inglés está firmado en Seattle, Washington. [T.]

⁶⁸ Weber, *Economía y sociedad*, ed. cit.

"Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922, pp. 190-214; Jaspers, *Max Weber* (1932), p. 46.

tipos de control social y económico, la institución tiene que ser descrita en su forma más característica y perfecta. Por ejemplo, para explicar desde un punto de vista sociológico el término "capitalismo" tengo que figurarme un orden económico en el que estén presentes todas las características del capitalismo. Sólo usando este método podré analizar los varios efectos que tiene un sistema económico capitalista sobre la estructura social y política. El tipo puro e ideal puede no darse nunca efectivamente en la realidad. La estructura económica de un país puede presentar, además de sus elementos capitalistas, ciertos rasgos de feudalismo o de socialismo. El sociólogo no podrá distinguir esos elementos y mostrar sus varios efectos sobre la estructura social de ese país determinado, más que si ha analizado primero los términos feudalismo, capitalismo y socialismo en su significado puro; es decir, si ha descrito el "tipo ideal" de cada una de estas formas de control económico. Sólo de este modo será capaz de mostrar en qué grado y extensión contiene elementos capitalistas la estructura social de ese país, si están fuerte o débilmente desarrollados, si preponderan sobre los elementos feudales o socialistas, etcétera.

Hay que aplicar este método al Derecho. Para encontrar si una determinada nación tiene un sistema jurídico no desarrollado, débilmente desarrollado o plenamente maduro; si es un "imperio de la ley" o un "imperio de los hombres", el sociólogo tiene que trazar el tipo ideal de Derecho, es decir, un tipo que contenga todos los elementos típicos y esenciales del Derecho en su forma pura.⁶⁹ Al hacerlo así, podrá mostrar cómo hay que organizar la sociedad con objeto

⁶⁹ Véase Sec. 6.

de que prevalezca en ella el Derecho. Demostrará los valores y ventajas, a la vez que los defectos, del Derecho como instrumento de control social. Estará en situación de determinar si las tendencias sociales y políticas de una determinada nación la impulsan hacia una mayor realización del Derecho o en dirección opuesta.

La construcción de tipos puros e ideales de fenómenos sociales no es la única función del sociólogo. Tiene que hacer también un análisis causal descriptivo de los fenómenos y acontecimientos sociales. En el campo del Derecho, por ejemplo, tiene que mostrar las causas sociales y económicas que determinan la evolución de las normas e instituciones jurídicas y que analizar las tendencias sociales existentes tras la legislación. Pero ha de tener cierto grado de precaución al buscar los factores causales de la evolución jurídica. La fe del siglo XIX en el carácter absoluto y universal del principio de causalidad ha sido quebrantada un tanto por los acontecimientos de las ciencias naturales en el siglo XX. Se ha encontrado que no hay una causalidad estricta en el mundo físico y que el principio del determinismo no gobierna las leyes físicas en la proporción que suponían los físicos clásicos.⁷⁰ La teoría de los *quanta*, por ejemplo, se basa en el descubrimiento de que la energía se libera en "saltos" discontinuos e irregulares, la causa de cuya ocurrencia y dirección no puede ser descubierta. Se ha demostrado que no puede predecirse el curso de los hechos naturales más elementales con la seguridad que se creía hasta ahora. Se ha encontrado que los principios que aparecían antaño como leyes comprobadas son única-

⁷⁰ Véase Jeans, *The Mysterious Universe*, nueva ed. (1937), pp. 17 ss.; Russell, *Philosophy* (1927), pp. 97 ss.

mente promedios, atribuibles en parte a la obra de la casualidad. Jeans dice:

Puede haber algún factor, para el que hasta ahora no hemos encontrado mejor nombre que el de destino, que opera en la naturaleza para neutralizar la inevitabilidad férrea de la vieja ley de causalidad. El futuro puede no estar determinado por el pasado en forma tan inalterable como estábamos acostumbrados a pensar; en parte, al menos, puede descansar en el regazo de cualesquiera dioses que puedan existir.⁷¹

A la luz de la ciencia natural moderna, el mundo físico aparece mucho más complicado de lo que cree el sentido común. Es probable que ocurra lo mismo con respecto a la vida social humana. No pueden ser considerados afortunados los intentos hechos hasta ahora para explicar la historia humana en términos de un solo denominador. Esto es especialmente cierto de las tres filosofías monistas de la historia que han tenido mayor influencia en épocas recientes: la interpretación económica de la historia, la teoría racial de la historia y la explicación psicoanalista de la evolución cultural humana. Resulta fútil explicar toda la vida social humana exclusivamente en términos del alimento, la sangre o el sexo. Esas teorías tienen en su favor haber analizado y subrayado un factor determinado e importante del desarrollo social humano. Pero como filosofías universales de la vida no parecen aceptables para un observador de la historia humana desprovisto de prejuicios. Si existen leyes uniformes de la evolución humana son infinitamente más complejas de lo que parecen sugerir esas tres teorías. Además, es incluso dudoso que existan tales leyes

⁷¹ Jeans, *op. cit.*, p. 30.

en el sentido de la causalidad estricta. Puede haber —como en la naturaleza— un elemento de espontaneidad, de la incalculabilidad y de azar en la vida social humana que desafíe todo intento sociológico de descubrir las causas de la evolución cultural.

Estas consideraciones no van encaminadas en modo alguno a fomentar una actitud escéptica o derrotista en el campo de las ciencias sociales. Si no hay certidumbres, hay, al menos, tendencias predominantes y probabilidades en el desarrollo de la vida social humana. Ciertos fenómenos sociales muestran algunos resultados específicos. Por ejemplo, una institución como la burocracia produce en general determinados efectos sobre la estructura política y social de un país. Esos efectos pueden no ser "necesarios" desde un punto de vista estrictamente causal. Pueden ser evitados, al menos durante algún tiempo, por alguna razón inexplicable, o debido, acaso, a la influencia de una personalidad fuerte. Pero pueden ser descritos o analizados por el sociólogo como efectos "típicos". Las predicciones que haga un sociólogo destacado, basándose en su análisis, tendrán un grado considerable de probabilidad, aunque les falte el elemento de certeza. Por ejemplo, en el campo del Derecho el sociólogo puede señalar los resultados probables de ciertos tipos de legislación sobre la vida social o económica. Puede analizar las tendencias de la evolución jurídica, aunque quede siempre la posibilidad de que ocurran hechos imprevisibles o combinaciones de circunstancias imposibles de predecir. En resumen, el sociólogo puede ocuparse únicamente de tendencias, direcciones, posibilidades y probabilidades; tiene que resignarse al conocimiento de que la certidumbre, la causalidad estricta, la predicción infalible, están fuera de su alcance. En los días de Comte y de Spencer

los sociólogos se inclinaban a creer que serían capaces de determinar las leyes de la evolución social con certeza y precisión matemáticas. Puede que seamos mucho más afortunados hoy día, con el conocimiento de que tal cosa es imposible. Este conocimiento introduce en la vida social un elemento de riesgo y azar, sin el cual acaso no mereciera la pena de ser vivida. "... porque eso, ser imprevisible, ser un horizonte siempre abierto a toda posibilidad, es la vida auténtica, la verdadera plenitud de la vida."⁷²

Este libro se ha escrito en el supuesto de que la sociología del Derecho sólo puede conservar su lugar entre las ciencias sociales si combina las dos funciones estudiadas en esta sección: la de trazar los rasgos del tipo maduro del Derecho y la tarea de analizar las causas de la evolución jurídica hasta donde ello sea posible. Sólo una mezcla de los métodos empleados por los autores jusnaturalistas con los utilizados por los sociólogos modernos puede producir ese renacimiento de la Teoría jurídica que parece tan necesario en una época en que se discuten los fundamentos mismos del Derecho.

⁷² Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* (ed. 1937), Buenos Aires, p. 69.